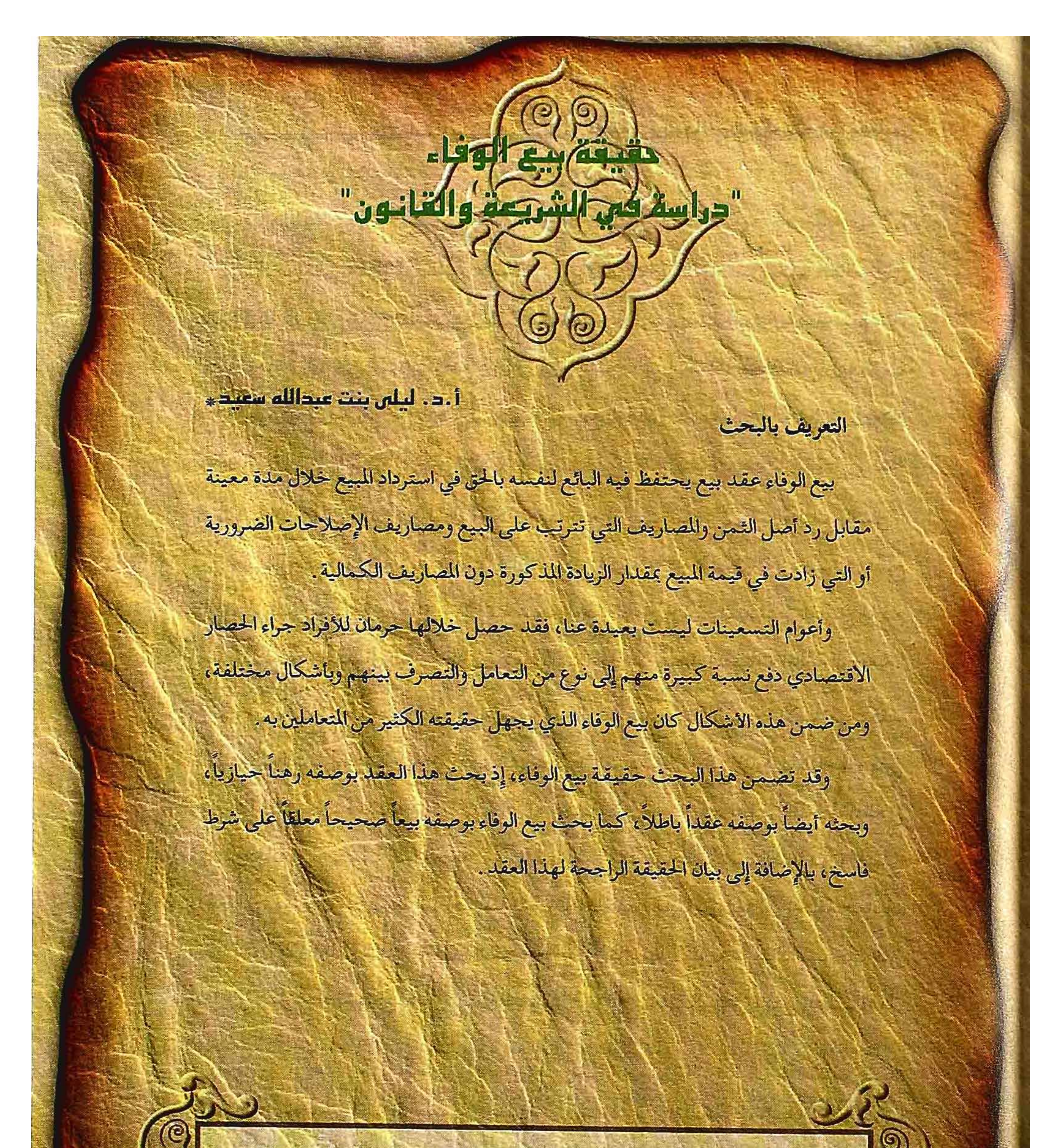


حقيقة بيع الوفاء
"دراسة في الشريعة والقانون"

أ.د. ليلى بنت عبدالله سعيد*

التعريف بالبحث

بيع الوفاء عقد بيع يحتفظ فيه البائع لنفسه بالحق في استرداد المبيع خلال مدة معينة مقابل رد أصل الثمن والمصاريف التي تترتب على البيع ومصاريف الإصلاحات الضرورية أو التي زادت في قيمة المبيع بمقدار الزيادة المذكورة دون المصاريف الكمالية.

وأعوام التسعينات ليست بعيدة عنا، فقد حصل خلالها حرمان للأفراد جراء الحصار الاقتصادي دفع نسبة كبيرة منهم إلى نوع من التعامل والتصرف بينهم وبأشكال مختلفة، ومن ضمن هذه الأشكال كان بيع الوفاء الذي يجهل حقيقته الكثير من المتعاملين به.

وقد تضمن هذا البحث حقيقة بيع الوفاء، إذ بحث هذا العقد بوصفه رهناً حيازياً، وبحثه أيضاً بوصفه عقداً باطلاً، كما بحث بيع الوفاء بوصفه بيعاً صحيحاً معلقاً على شرط فاسخ، بالإضافة إلى بيان الحقيقة الراجحة لهذا العقد.

* عضو هيئة التدريس في كلية القانون بجامعة البحرين، ولدت في مدينة الموصل بالعراق سنة (١٩٤٧م)، وحصلت على شهادة الدكتوراه من كلية الحقوق بجامعة القاهرة سنة (١٣٩٧هـ-١٩٧٨م)، ولها (٢٥) بحثاً منشوراً في مواضيع المعاملات المالية المختلفة.

مقدمة

بين الحرص على تحقيق العدالة وسلامة القرار وبين فض نزاع المتخاصمين يعمد القاضي إلى بيان حقيقة الموضوع بمعنى تطبيق التكييف الذي هو «عبارة عن عملية قانونية يقصد بها إعطاء العقد الوصفَ القانوني الذي يتفق مع ماهيته، ومع النتيجة التي ارتضاها المتعاقدان أثراً له»(١)، إلا أنه يصعب تطبيق قواعد التكييف على عقد بيع الوفاء ، نظراً للتنوع الحاصل في أحكام العقود التي تنطبق على هذا العقد .

فمن جانب تنطبق على بيع الوفاء أحكام عقد البيع إذ ينتفع المشتري بالمبيع والبائع بالثمن . ومن جانب آخر يحتمل معنى الرهن، بل قيل إنه رهن حقيقة ما دام الشرط أن يرد المشتري المبيع إذا دفع له الثمن بعد حين ، وأخيراً فإن فيه شبهة العقد الصحيح المقترن بالشرط الفاسخ ما دام العقد يفسخ عند استعمال البائع حقه في الاسترداد ، هذا على صعيد التقنينات المدنية الوضعية.

بينما يكون الخلاف على أشده في حقيقة هذا العقد عند فقهاء الشريعة الإسلامية. فقد تفرقت بهم السبل وذهبوا فيه مذاهب شتى ، لا بل تعددت الآراء في المذهب الواحد، ففي المذهب الحنفي وحده تسعة آراء ، كل رأي له وجهة نظر خاصة به . أما في المذهب المالكي فهناك رأيان في حقيقة هذا العقد . وكذلك الأمر بالنسبة للمذهب الشافعي والحنبلي والجعفري. ولما كان من طبيعة الدراسة المقارنة أن تكون هذه المقارنة بين القوانين المختلفة متعاقبة، ونظراً لكون الاتجاهات التشريعية لهذا العقد متعارضة فيما بينها ، كل هذا وذاك استوجب مني أن أتناول كل اتجاه تشريعي بصورة مستقلة عن الآخر وفي مبحث مستقل ، ففي المطلب الأول

---

(١) الوجيز في عقد البيع، د . إسماعيل غانم ، ص١٤ . ومما تجدر الإشارة إليه أن التكييف غير التفسير، وإن كان تكييف العقد يتوقف على تفسيره ، حيث يتعين على القاضي ابتداء تفسير إرادة المتعاقدين، واستنباط ما اتجهت إليه إرادتهما . ويعتبر التفسير من المسائل الموضوعية لا من مسائل القانون ، في حين يعتبر التكييف مسألة قانون لا مسألة وقائع ، يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة التمييز. وللمزيد من التفصيل انظر: الوجيز في العقود المسماة – عقد البيع، د.غني حسون طه، ١/١٥ .

في كل بحث أبين موقف الفقه الإسلامي من هذا العقد ، بينما أبين في المطلب الثاني منه الموقف القانوني .

وعلى ضوء ما تقدم سيكون بحث حقيقة بيع الوفاء في أربعة مباحث ، في **المبحث الأول** بيع الوفاء بوصفه عقد رهن حيازي ، وفي **المبحث الثاني** بيع الوفاء بوصفه عقداً باطلاً ، وفي **المبحث الثالث** بيع الوفاء بوصفه عقد بيع صحيح معلق على شرط فاسخ، أما في **المبحث الرابع** فأتناول الحقيقة الراجحة للعقد، مناقشة بذلك جميع الاتجاهات التشريعية السابقة .

المبحث الأول

بيع الوفاء بوصفه عقد رهن حيازي

تختلف وجهات نظر مشرعي القوانين المدنية إلى بيع الوفاء ، تبعاً لتأثر قوانين الدول بغيرها من الشرائع الشرعية والمدنية الوضعية ، ومن هذه القوانين من كيّف بيع الوفاء ، بوصفه عقد رهن حيازي. وعليه سيكون هذا المبحث في مطلبين ، أخصص المطلب الأول منه لبيان موقف الفقه الإسلامي ، وفي المطلب الثاني لبيان الموقف القانوني .

المطلب الأول

بيع الوفاء بوصفه رهناً حيازياً في الفقه الإسلامي

من الحقائق المسلم بها في الفقه الإسلامي أن العقود أسباب جعلية[١]، وهي تكتمل بمجرد تطابق الإيجاب والقبول بين المتعاقدين ، أما آثارها فيرتبها الشارع الحكيم[٢] . ولكن بعض العقود تحتاج إلى القبض كركن فيها مثل الهبة والرهن الحيازي، وآثار العقد قد تكون على وفق

---

(١) قال تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**﴾ سورة المائدة، آية ١ .

(٢) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، د. محمد مصطفى الشلبي، ص٢٤٦ .

حاجة المتعاقدين وقد لا تكون كذلك ، لذا نجد أن المتعاقدين يعدِّلون من هذه الآثار بالزيادة أو النقصان من خلال الشروط التي تتفق والغاية الأساسية لهما[١] .

وقد وردت في الكتاب والسنة نصوص متعددة تؤكد المبدأ السابق وتقرر للعقود آثاراً ، ومنها ما هو عام ومنها ما كان خاصاً ، وهذه النصوص في مجملها تشير إلى حقوق المتعاقدين في تعديل آثار العقود بالزيادة أو النقصان من خلال الشروط المقترنة بالعقد[٢] . قال تعالى : **﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾**[٣] ، وقال تعالى : **﴿ لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾**[٤] ، وجاء في السنة النبوية قوله ﷺ : « المسلمون على شروطهم، والصلح جائز بين المسلمين إلاّ شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » .[٥]

واختلف الفقهاء في مسألة الشروط اختلافاً كبيراً ، وسبب اختلافهم في هذه المسألة هو الأحاديث الكثيرة التي وردت في السنة النبوية ، وقد كان من نتائج هذا الاختلاف عدم اتفاقهم في بيان حقيقة بيع الوفاء ، نظراً لوجود شرط الاسترداد فيه .

وفيما يأتي أبين موقف المذاهب الإسلامية :

موقف الحنفية :

اختلفت كلمة علماء الحنفية في بيع الوفاء وكثرت أقوالهم فيه حتى أوصلها بعض المؤلفين إلى تسعة آراء[٦] ، ويمكن حصر الآراء الرئيسة منها في ثلاثة آراء من الذين قالوا بهذا التكييف .

(١) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، د . أحمد فراج حسين، ص٢٠٢؛ بيع العهدة بين مؤيديه ومعارضيه، عبد الرحمن عبد الله بكير، ص٧٦ .

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية، ٩ / ٢٤٣ .

(٣) المائدة، الآية ١ .

(٤) النساء، الآية ٢٩ .

(٥) رواه أبو داود وأحمد والدارقطني عن أبي هريرة رفعه، وصححه الحاكم. انظر: كشف الخفاء ٢ / ٢٠٩ .

(٦) للاطلاع على هذه الآراء راجع: الفتاوى الهندية ، وبهامشه فتاوى قاضيخان والفتاوى البزازية، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، ٤ / ٤٠٥-٤٠٩ .

الرأي الأول(١): ذهب أنصار هذا الرأي إلى تكييف بيع الوفاء على أنه عقد رهن ، ومن ثم لا يملك المشتري المبيع ، وليس له أن ينتفع به، وأي شيء أكله من زوائد المبيع أو منافعه يضمنه، ويلتزم برده عند قضاء الدين ، وإذا استأجر البائع المبيع من المشتري فإنه لا تلزمه الأجرة، كالراهن إذا استأجر المرهون وانتفع به ، فتثبت فيه جميع أحكام الرهن(٢) .

وفي كتاب جامع الفصولين: «البيع الذي تعارفه أهل زماننا احتيالاً للربا وسموهُ بيع الوفاء هو رهن في الحقيقة، لا يملكه ولا ينتفع به إلا بإذن مالكه، وهو ضامن لما أكل من ثمره وأتلف من شجره، ويسقط الدين بهلاكه لو بقي، ولا يضمن الزيادة، وللبائع استرداده إذا قضى دينه، لا فرق عندنا بينه وبين الرهن في حكم من الأحكام» (٣) .

واستند أصحاب الرأي الأول إلى حجتين: الأولى : أنه لما اشترط عليه أخذ المبيع عند قضاء الدين فإنه يكون بمعنى الرهن؛ لأنه هو الذي يؤخذ فقط عند قضاء الدين(٤). الثانية: قاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني(٥). حتى كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، وبالعكس كفالة ، وعقد الاستصناع عند ضرب الأجل سلماً ، وهبة الحرة نفسها بحضور الشهود مع عدم تسمية المهر نكاحاً(٦).

الرأي الثاني(٧): في حين ذهب أنصار الرأي الثاني إلى تكييف بيع الوفاء بكونه عقداً جديداً مركباً من نوعين من العقود، وهما عقد الرهن وعقد البيع الصحيح ، حيث يعد عقد

(١) وهو رأي الإمام أبي شجاع الثلجي والإمام علي السغدي والإمام القاضي الحسن الماتريدي من فقهاء الحنفية. انظر :الفتاوى البزازية على هامش الفتاوى الهندية، ٤/٤٠٥ .

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، ٥/١٨٣ .

(٣) جامع الفصولين ، محمود بن إسماعيل الشهير بابن قاضي سماوه الحنفي، ١/٢٣٤ .

(٤) تبيين الحقائق، الزيلعي، ٥/١٨٣ .

(٥) الأشباه والنظائر، زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، ص٢٧؛ والمادة (٣) من مجلة الأحكام العدلية؛ والمادة (١٥٥) في القانون المدني العراقي .

(٦) جامع الفصولين، ابن قاضي سماوه ، ١/٢٣٤ .

(٧) ونحى هذا المنحى الإمام فخر الدين الزاهد من فقهاء الحنفية. انظر الفتاوى البزازية على هامش الفتاوى الهندية ، ٤/٤٠٦ .

رهن بالنسبة للبائع حتى يسترد المبيع عند رد الثمن ، بمعنى قضاء الدين على اعتبار أنه رهن، ويضمنها له المشتري بالهلاك أو لانتقاص ضمان الرهن ، وبالتالي لا يستطيع المشتري التصرف بالمبيع . ويعد عقد بيع صحيح بالنسبة للمشتري؛ حتى يتمكن من الانتفاع بالمبيع طيلة فترة الاسترداد(١) .

واستند أصحاب الرأي الثاني إلى حجتين: الأولى: أنه أعطى لبيع الوفاء حكم عقدين؛ لأن الكثير من العقود تأخذ هذا التكييف ، كما هو الحال بالنسبة للهبة بشرط العوض، والهبة في حال المرض(٢)، حيث أعطى للهبة في الحالة الأولى حكم عقد البيع؛ حتى يستفاد من أحكامه كافة، وأعطى للهبة في الحالة الثانية حكم الوصية؛ حتى لا تزيد على الثلث. الثانية: هي حاجة الناس إليه (أي إلى بيع الوفاء) خوفاً من الربا ، فأهل مدينة بلخ اعتادوا على الدين والإجارة معاً، وأهل بخارى اعتادوا الإجارة الطويلة، وهي غير ممكنة في الأشجار فاضطروا إلى بيعها بيعاً وفائياً، وما ضاق على الناس أمر إلا اتسع حكمه(٣) .

الرأي الثالث(٤): ذهب أنصار هذا الرأي إلى اعتباره عقداً مركباً يشبه بالنظر إلى صورته وغايته ثلاثة عقود، وهي عقد الرهن، وعقد البيع الفاسد، وعقد البيع الصحيح(٥)، فهو عقد رهن؛ لأن المشتري لا يملك بيعه للغير، ولا يستطيع رهنه، ويسقط الدين بهلاكه(٦)، وهو عقد فاسد؛ لأن كلا من طرفي العقد له حق الفسخ فكان غير لازم، وهو في حكم العقد الصحيح؛

(١) تبيين الحقائق ، الزيلعي، ٥/١٨٤ .

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم الحنفي، ٦/٨،٩ .

(٣) البحر الرائق ، ابن نجيم الحنفي ، ٦/٩؛ جامع الفصولين، ابن قاضي سماوه ، ١/٢٣٧؛ موجز في القانون المدني المعمول به في البلاد السورية، محمد سعيد المحاسني، ٢/٦٩ .

(٤) وهو رأي المتأخرين من فقهاء الحنفية، وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام في المادة (١١٨) منها .

(٥) ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، د . عدنان خالد التركماني ، ص٢٧٩ .

(٦) يد المرتهن عند الأحناف هي يد أمانة فاذا هلك المرهون وإن كان بدون تعدي منه تبرأ ذمة الراهن من الدين. انظر: الأمانة في المعاملات المالية، دراسة في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، د. ليلى عبد الله سعيد، ص١٥ .

لأنه يجيز للمشتري الانتفاع بالمبيع طيلة مدة الاسترداد[١]. واستند أصحاب الرأي الثالث إلى الحجج التي استند إليها أنصار الرأي الثاني ذاتها .

وقد ذكر البعض أوجه الاتفاق بين بيع الوفاء والرهن، فهو يشبه عقد الرهن؛ لأن المشتري لا يملك حق استهلاك المبيع، ولا يستطيع نقل ملكيته للغير ، ولا يستطيع أن يرتب عليه حقوقاً عينية أصلية أو تبعية[٢]. ولا يجوز للمشتري أن ينتفع بالمبيع بدون إذن البائع، وهو بهذا يتفق مع الرهن الحيازي[٣]. ونفقات تعمير المبيع تكون على البائع ، شأنه شأن الرهن حيث تكون نفقات تعمير المرهون على الراهن[٤]، والمشتري بعد وفاة البائع يكون أحق بالمبيع من سائر الغرماء، وعند وفاة أي من طرفي العقد فإن الورثة تقوم مقامها[٥]. وإذا حل الأجل ولم يدفع البائع الدين أو لم يرد الثمن فلا يصير البيع باتاً ، ولا يملك المشتري المبيع، وإنما يحكم القاضي على البائع بالرد، فإذا امتنع باع عليه القاضي، أي باع العين وأوفى حق المشتري منها[٦]، وأخيراً فإنه إذا بيع عقار مجاور للمبيع فإن حق الشفعة يثبت للبائع وليس للمشتري، وذلك لأن الأخير حقه على المبيع حق عيني تبعي[٧].

وضمان المبيع في بيع الوفاء على المشتري كضمان المرهون على المرتهن ، أي أنه إذا هلك المبيع في بيع الوفاء وهو في يد المشتري فإنه يضمن من قيمته بمقدار الثمن المدفوع، كما نضمن المرتهن من قيمة الرهن الهالك بمقدار مبلغ الدين المرهون فقط ، هذا إذا كانت قيمة المبيع أكبر من الثمن المدفوع وهو في الغالب، ويعد الباقي أمانة في يد المشتري، لا يضمن هلاكه إلا بالتعدي أو التقصير[٨].

---

(١) حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد أمين الشهير بابن عابدين ، ٤/٣٤٢ .

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر ، ١/٩٧ .

(٣) موجز في القانون المدني المعمول به في البلاد السورية، محمد سعيد المحاسني، ص٧٠ ؛ شرح القانون المدني الجديد (الحقوق العينية العقارية)، د . شاكر ناصر حيدر ، ٢/٢٤٨ .

(٤) شرح القانون المدني السوري، العقود المسماة (البيع والمقايضة)، مصطفى أحمد الزرقاء، ص٢٤٧ .

(٥) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، ١/٩٧؛ شرح القانون المدني الجديد (الحقوق العينية العقارية)، د. شاكر ناصر حيدر، ٢/٢٤٨ .

(٦) المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، أحمد أبو الفتح، الطبعة الاولى، ص٣٩٠ .

(٧) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر ، ١/٩٧ .

(٨) الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، مصطفى أحمد الزرقاء، ١/٥٤٥،٥٤٦ .

وقبل التطرق إلى المذهب المالكي نود أن نبين حكم بيع الوفاء في مجلة الأحكام العدلية، والتي اعتبرته عقد رهن ، إذ يتميز بميزتين هما : أولاً : أن الشي المبيع (المرهون) لا يباع لوفاء الدين إذا لم يحدد للدين أجل ، بل يبقى في يد المشتري (المرتهن) حتى يستوفي حقه من المدين . ثانياً : أنه يجوز للمشتري (المرتهن) أن يشترط الانتفاع بالمبيع (المرهون) لا على أساس أنه إباحة ، كما في الرهن ، بل باعتباره شرطاً ملزماً[١] .

موقف المالكية :

وفي هذا الاتجاه رأي واحد ، حيث ذهب قسم من فقهاء المالكية[٢] إلى تكييف بيع الوفاء على أنه عقد رهن ، ولكنه ليس رهناً صحيحاً، وإنما هو رهن باطل ، وعللوا ذلك أن هذا العقد يعد سلفاً[٣] عقداً جرّ نفعاً؛ لأن المشتري بمقتضى عقد بيع الوفاء سينتفع بالمبيع ، وهي الغاية الأساسية المقصودة من العقد، طيلة فترة الاسترداد، وهو باب من أبواب الربا[٤] .

وحجة أنصار هذا الرأي هو ما روي عن الرسول ﷺ أنه قال: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك»[٥] .

المطلب الثاني
بيع الوفاء بوصفه رهناً حيازياً في القانون

انفرد القانون المدني العراقي من بين القوانين المقارنة بتكييف بيع الوفاء بأنه عقد رهن حيازي؛ حيث نصت المادة (١٣٣٣) من القانون المدني العراقي على أن «بيع الوفاء يعتبر رهناً

(١) دُرر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، ص٢٦٤ ؛ شرح القانون المدني السوري، العقود المسماة (البيع والمقايضة)، مصطفى أحمد الزرقاء، ص٢٤٥ ؛ شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة (عقد البيع)، د. حسن علي الذنون، ص٣٨٩ .

(٢) ونحى هذا المنحى سحنون وابن الماجشون وغيرهم من فقهاء المالكية . انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ٢/١٧٥ .

(٣) إن المقصود بالسلف هو القرض، وليس عقد السلم .

(٤) المدونة الكبرى، مالك بن أنس، ٤/١٣٣ .

(٥) سنن النسائي، ٧/٢٤٩ .

حيازياً»، تنطبق عليه أحكامه كافة وبدون تمييز[١]. وحقيقة الأمر أن القانون المدني العراقي كان قد استقى هذا التكييف من مجلة الأحكام العدلية وبالتحديد من نص المادة (١١٨) منها[٢]، ولم يكن موفقاً في هذا الاتجاه، إذ يلاحظ أن هذه المادة، كانت قد أخذت بأحكام غير مترابطة وذات وجوه متعددة، حيث جعلت بيع الوفاء في حكم البيع الجائز بالنظر إلى انتفاع المشتري به، وبحكم البيع الفاسد بالنظر إلى اقتدار كل من العاقدين على الفسخ، وهو في حكم الرهن نظراً لعدم قدرة المشتري على بيع المبيع للغير[٣].

فإذا كان المبيع منقولاً وجب لثبوت عقد بيع الوفاء أن يقبض المشتري الذي أصبح في مركز المرتهن المبيع، وهذا ما أكدته المادة (١٣٢٢) من القانون المدني العراقي حيث نصت الفقرة الأولى منها على أنه «يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن، أن يقبض المرتهن المرهون». وإذا كان المبيع وفاءً عقاراً وجب لتمام العقد ولزومه، بالإضافة إلى ركن القبض، تسجيله في دائرة التسجيل العقاري (الطابو)[٤]، وهذا ما أكدته المادة (١٣٢٤) من القانون المدني العراقي بقولها: «إذا وقع الرهن الحيازي على عقار فيشترط أيضاً لتمامه أن يسجل في دائرة الطابو وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً».

(١) شرح عقد البيع، د. عباس الصراف، ص٦٩٩. وقد عرّفت المادة (١٣٢١) من القانون المدني العراقي الرهن الحيازي بقولها: «الرهن الحيازي عقد بيع يجعل الرهن مالاً محبوساً في يد المرتهن أو في عدل بدين للمرتهن يمكن استيفاؤه كلاً أو بعضاً، مقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في أي يد كان هذا المال».

(٢) نصت المادة (١١٨) من مجلة الأحكام العدلية على أن: «بيع الوفاء هو بيع المال بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع، وهو في حكم البيع الجائز بالنظر إلى انتفاع المشتري به، وفي حكم البيع الفاسد بالنظر إلى اقتدار كل من المتعاقدين على الفسخ، وفي حكم الرهن بالنظر إلى أن المشتري لايقدر على بيع المبيع من الغير».

(٣) حقيقة البيع الوفائي – كصورة من البيوع الموصوفة أم كرهن حيازي، د. نشوان محمد سليمان الجادرجي، ص٦٠.

(٤) الحقوق العينية (الحقوق العينية الأصلية، الحقوق العينية التبعية)، محمد طه البشير و د. غني حسون طه، ص٥٠٩-٥١٢. وخلاصة النصوص المتقدمة أن الرهن الحيازي بوصفه عقداً لايتم ولا يكون له أثر إلا بالقبض، وهو بهذا يكون عقداً عينياً، بخلاف الأمر في بعض القوانين المقارنة، كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني المصري، حيث لا يعد القبض ركناً في عقد الرهن الحيازي، وإنما يعد التزاماً متولداً عن العقد، وهذا ما نصت عليه المادة (١٠٩٩) من القانون المدني المصري بأنه «على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عيّنه المتعاقدان لتسلمه». وللمزيد من التفصيل انظر: الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، ١٠/٧٨٥-٧٨٨.

يبدو واضحاً من خلال النصوص المتقدمة أن بيع الوفاء إذا ورد على منقول كان عقداً عينياً، وإذا ورد على عقار كان عقداً شكلياً وعينياً، أي أن القبض يكون ركناً في كلا العقدين، والشكل يعد ركناً أيضاً إذا كان بيع الوفاء وارداً على عقار .

ويلاحظ أن الغرض من انتقال حيازة المبيع (المرهون) من البائع إلى المشتري – والذي يمثل ركن القبض في العقد – تبدو من نواحي عدة ، فمن ناحية يترتب على انتقال حيازة المبيع تمكين المشتري من استغلال المال المبيع أي (المرهون)، وقبض غلته لخصمها مما هو مستحق له من مصاريف وفوائد ثم من أصل الدين، ومن ناحية أخرى يبدو هذا الركن واضحاً في بيع الوفاء الوارد على المنقول إذ إن انتقال الحيازة بالقبض هو الوسيلة الوحيدة الممكنة لشهر عقد بيع الوفاء، وإعلام الغير به[١]، ومن ثمّ حرمان البائع من التصرف به للغير، والذي يستطيع أن يتمسك في مواجهة المشتري بقاعدة « الحيازة في المنقول سند الملكية » إذا توافرت شروطها[٢] .

ويرى جانب من شراح القانون المدني العراقي أنه يترتب على بيع الوفاء أن تبقى للبائع (الراهن) حيازة حق الملكية ، بالرغم من وجود المبيع في حيازة المشتري (المرتهن)؛ لأن ما يحوز الأخير هو حق الرهن لا حق الملكية[٣] .

في حين تبدو عدم دقة وجهة النظر هذه واضحة ، لأن حيازة حق الملكية غير متحققة بالمعنى القانوني الدقيق للحيازة ، فالحيازة كما عرفتها المادة (١١٤٥) من القانون المدني العراقي في فقرتها الأولى بأنها « وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه، أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق »، فالحيازة تتطلب سيطرة مادية ، وهذا غير ممكن بالنسبة إلى حق الملكية، لأن هذا الحق ما هو إلا حق معنوي، أضف إلى ما تقدم أن بيع الوفاء بوصفه عقد رهن حيازي لا يترتب عليه انتقال حق الملكية، وإنما انتقال حيازة المبيع

(١) التأمينات العينية في القانون المدني، (الرهن الرسمي – حق الاختصاص – الرهن الحيازي – حقوق الامتياز)، د . خميس خضر، ص١٩٨ .

(٢) نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد، د . شمس الدين الوكيل ، ١/٤٤٤ .

(٣) الحقوق العينية، الأستاذ محمد طه البشير وآخرون، ص٥٢٢ .

على أساس وجوب إتمام ركن في العقد وهو القبض فقط، في حين أن حق الملكية يبقى للبائع (الراهن) ابتداءً وبقاءً .

ويمكن حيازة حق الملكية وبصورة معنوية من خلال حيازة السند المنشئ لهذا الحق كما هو الحال بالنسبة إلى الأوراق التجارية وغيرها، ويلاحظ على نص المادة السابقة أنها أشارت إلى عنصر واحد من عناصر الحيازة وهو العنصر المادي، دون أن تشير إلى العنصر المعنوي أي نية التملك، في حين أشارت إلى هذا العنصر وبشكل واضح الفقرة الأولى من المادة (٤٢٧) من القانون المدني العراقي بقولها: « ١- تكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه، وتكون يد أمانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك » .

ويترتب على تكييف بيع الوفاء بكونه عقد رهن حيازي جملة من النتائج نوجزها بالنقاط الآتية :

أولاً: من حيث سلطة التصرف، إذ يترتب على هذا التكييف أن يكون حق المشتري على المبيع حقّاً عينيّاً تبعيّاً بكونه عقد رهن حيازي، ومن ثم فإنه لا يجوز للمشتري أن يتصرف بالمبيع بأي نوع من أنواع التصرفات، الناقلة للملكية، ولا يجوز له أن يرتب أية حقوق عينية أصلية أو تبعية على المبيع[١]. وهذا ما أكدته المادة (١٣٣٩) من القانون المدني العراقي بفقرتها الأولى حيث نصت على أنه « يتولى المرتهن إدارة المرهون رهناً حيازياً، وليس له أن يتصرف به ببيع أو رهن، وعليه أن يبذل في إدارته من العناية ما يبذله الرجل المعتاد، وليس له أن يغير في طريقة استغلاله إلا برضاء الراهن » . والتساؤل الذي ينهض هنا ، ما هو الحكم فيما لو تصرف المشتري (المرتهن) بالمبيع (المال المرهون) دون موافقة البائع (الراهن)؟ لا شك أن تصرف المشتري سوف يخضع للقواعد العامة لا سيما نص المادة (١٣٥) من القانون المدني العراقي التي نظمت أحكام تصرفات الفضولي، وبالتالي فإن الجزاء المترتب عليه يتم تحديده وفق نص القانون ، حيث يكون للمالك إجازة العقد – أي عقد بيع الوفاء – أو نقضه؛ إذ يعد العقد

(١) التأمينات العينية، دراسة تحليلية مقارنة لأحكام الرهن والتأمين والامتياز، حسين عبد اللطيف حمدان، ص٦٣،٦٤ .

معيباً لكونه صادراً عن غير المالك[١]، علماً أن نص المادة (١٣٥) قد يتعطل إذا كان المبيع (المرهون) منقولاً بقاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية»[٢]، في حالة التصرف به للغير ، مع ملاحظة أن مدى إمكانية التمسك بهذه القاعدة يختلف باختلاف صفة الغير ، فإذا كان هذا الغير مشترياً كان تمسكه بهذه القاعدة يعد دفعاً دائماً، أما إذا كان الغير مرتهناً – كما هو الحال بالنسبة إلى المشتري في بيع الوفاء – فإنه لا يستطيع أن يدفع بهذه القاعدة إلا إذا كان دينه باقياً، فإذا استوفاه كان للمالك الحقيقي أن يطالب بملكه[٣].

ولكن ألا يحق للبائع (الراهن) التصرف بالمبيع (المال المرهون) بأي نوع من أنواع التصرفات ؟ بالتأكيد يجوز له ذلك ، إذ إن البائع في بيع الوفاء – كما هو حال الراهن في الرهن الحيازي والتأميني – لا يفقد ملكية المبيع (المرهون) ، كل ما في الأمر أن مجرد الحيازة تنتقل إلى المشتري، ومن ثم فإنه يجوز له أن يتصرف بالمبيع (المرهون) أنواع التصرفات كافة دون أن يضر المشتري الذي هو في مركز المرتهن، ما دام القانون جعل هذه التصرفات غير نافذة في حقه متى ما كانت تالية للعقد[٤]. وهذا ما أكدته المادة (١٣٣٤) من القانون المدني العراقي حيث نصت على أنه « يجوز للراهن أن يتصرف بالبيع وغيره في الشيء المرهون رهناً حيازياً، وأي تصرف يصدر لا يخل بحق المرتهن » .

ثانياً: من حيث تبعة الهلاك، من المعلوم أنه لا يترتب على عقد بيع الوفاء، بموجب هذا التكييف، انتقال ملكية المبيع من البائع إلى المشتري، ومن ثم فإنه إذا هلك المبيع فإنه يهلك من

(١) الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام، د. غني حسون طه، ١/ ٣٠٥،٣٠٦، نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد، د. شمس الدين الوكيل، ص٤٠٣ .

(٢) وقد نصت على هذه القاعدة المادة (١١٦٣) من القانون المدني العراقي حيث نصت الفقرة الأولى منها على أنه « ١– من حاز وهو حسن النية منقولاً أو سنداً لحامله مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح ، فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد » .

(٣) شرح القانون المدني الجديد، الموجز في التأمينات الشخصية والعينية، د. محمد كامل مرسي باشا، هامش ص٢٥٦، ٢٥٧ .

(٤) الحقوق العينية، الأستاذ محمد طه البشير وآخرون، ص٥١٢ .

ذمة البائع ، وهو أمر طبيعي؛ لأن يد المشتري على المبيع تكون يد أمانة، شأنها في ذلك شأن الرهن الحيازي؛ لا تضمن المبيع إلا في حالة التعدي أو التقصير(١) . وهذا الحكم أكدته المادة (١٣٣٦) من القانون المدني العراقي في فقرتها الأولى حيث نصت على أنه « ١- إذا هلك المرهون رهناً حيازياً أو تعيَّب قضاءً وقدراً، كان هلاكه أو تعيّبه على الراهن » .

ثالثاً : مدى إمكانية الانتفاع بالمبيع، لما كان الغرض من انتقال حيازة الشيء المبيع إلى المشتري ليس فقط تأكيد السيطرة المادية عليه، وإنما لكي يتمكن من استغلاله(٢)، لذا كان من المنطقي أن يتولد على عاتق المشتري التزام يتمثل باستثمار هذا المبيع استثماراً كاملاً، فلو كان المبيع أرضاً زراعية وجب على المشتري أن يزرعها(٣)، بمعنى آخر فإنه يجب عليه أن يستغل المال المبيع بما يتفق وطبيعته .

ولكن يلاحظ أنه ليس للمشتري أن ينتفع بالمبيع دون مقابل ، ولما كان المشتري مجرد نائب عن البائع في الحيازة المادية للمبيع كما هو الحال في الرهن ؛ فإن ما ينتجه من ثمار تكون ملكاً للبائع، وحيث أن المشتري يستهلك ثمار المبيع؛ لذا نجد أن المشرع قد قرر إجراء مقاصة قانونية بين هذا الانتفاع وبين الدين المضمون(٤)، وقد حسم المشرع العراقي هذا الأمر، وذلك في المادة (١٣٤٠) من القانون المدني العراقي حيث نصت على أنه « ليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون رهناً حيازياً دون مقابل، وما حصل عليه من صافي ريعه وما استفاده من استعماله يخصم من الدين الموثق بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله، على أن يكون الخصم أولاً من قيمة ما أنفقه في المحافظة عليه ، وما دفعه من الضرائب والتكاليف وما استحقه من التعويض، ثم من المصروفات والفوائد، ثم من أصل الدين » .

رابعاً : الأولوية في التقدم ، ويترتب أيضاً على تكييف بيع الوفاء بكونه عقد رهن حيازي أن يكون للمشتري بوصفه دائناً مرتهناً ثلاثة حقوق، وهي الحق في حبس المبيع، وحقه في تتبعه في

(١) التأمينات الشخصية العينية، د. سمير عبد السيد تناغو، ص٣٧٢، ٣٧٣ .

(٢) التأمينات الشخصية العينية، د. سمير عبد السيد تناغو، ص٣٧٨ .

(٣) التأمينات العينية، حسين عبد اللطيف حمدان، ص٢١٣ .

(٤) الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري، ١٠/٨١٦ .

حالة خروجه من يده دون علمه أو إرادته، وحقه في التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة عند استيفاء حقه من ثمن المبيع[١]. وهذا ما أكدته المادة (١٣٤٣) من القانون المدني العراقي بفقرتها الأولى حيث نصت على أنه «١- يخول الرهن الحيازي المرتهن أن يتقاضى الدين من ثمن المرهون في مرتبته وقبل الدائنين العاديين».

خامساً: مدى إمكانية تملك المبيع عند حلول الأجل، إذا حل أجل الاسترداد ولم يستعمل البائع حقه أي لم يقم برد الثمن لأجل استرداد المبيع؛ فإن بيع الوفاء لا يصير باتاً ولا يملك المشتري المبيع، وإنما يتعين في هذه الحالة اتباع الإجراءات التي حددها القانون، وأي اتفاق يسمح للمشتري بتملك المبيع بمجرد حلول الأجل يعد باطلاً وفقاً لأحكام القانون المدني العراقي[٢]. وبالتحديد وفقاً لحكم نصّ المادة (١٣٠١) من القانون المدني العراقي[٣].

سادساً: الوفاة، إن وفاة أي من طرفي عقد بيع الوفاء سواءً كان البائع أم المشتري، فإنه لايؤدي إلى انتهاء العقد؛ لأن ورثة كل منهما تقوم مقام الآخر[٤]. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (١٣٥١) من القانون المدني العراقي بقولها: «لا يبطل الرهن الحيازي بموت الراهن أو بموت المرتهن». وقد لاحظ الأستاذ الدكتور حسن علي الذنون وجود تناقض صريح بين نص

---

(١) شرح القانون المدني الجديد، د. شاكر ناصر حيدر، ٢/٢٤٨؛ درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، ١/٩٧.

(٢) المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، الأستاذ أحمد أبو الفتح، ص٣٩٠؛ شرح القانون المدني الجديد، د. شاكر ناصر حيدر، ٢/٢٤٨

(٣) نصت المادة (١٣٠١) من القانون المدني العراقي على أنه: «لا يغلق الرهن، فيقع باطلاً كل اتفاق يجعل للمرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يتملك العقار المرهون رهناً تأمينياً بالدين أو بأي ثمن كان، أو في أن يبيعه دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون حتى لو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن». مع ملاحظة أن نص هذه المادة يقضي ببطلان كل شرط مخالف لما ورد فيه، والشرط هنا في الغالب على نوعين، الأول يتضمن ملكية المشتري للمبيع بمجرد حلول الأجل عند عدم قدرة البائع على رد الثمن، أما الثاني فيطلق عليه شرط الطريق الممهد، وبمقتضاه يتم بيع المبيع أي المال المرهون بإجراءات تختلف عن الإجراءات التي حددها القانون، وكلاهما يعد شرطاً باطلاً.

(٤) المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، الأستاذ أحمد أبو الفتح، ص٣٩١.

المادة (١٣٣٣) من القانون المدني العراقي والمادة (٥٠٩) منه، والتي تشير إلى أن خيار الشرط لا يمنع من انتقال الملكية الى المشتري، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما معاً، وأن هذا التناقض لم يكن ملحوظاً ممن حذف النصوص المتعلقة ببيع الوفاء[١].

حيث يرى الأستاذ الذنون وجود التناقض بين هاتين المادتين ، على اعتبار أن بيع الوفاء هو الصورة الواضحة للشرط الفاسخ الذي يقترن بالعقد، وخيار الشرط من وجهة نظره ليس هو إلا بيع وفاء في فقه القانون المدني الوضعي .

والحقيقة أن التناقض ليس بين هاتين المادتين[٢]، وإنما يكون التناقض بين المادة (١٣٣٣) من القانون المدني العراقي والمادة (٢٨٩)[٣] منه . وخلاصة هذا التناقض أن المادة (١٣٣٣) لاينشأ عنها إلا حق عيني تبعي يتمثل بحق الرهن الحيازي، في حين أن المادة (٢٨٩) لا تمنع انتقال الملكية من البائع إلى المشتري، أي إنه ينشأ عنها حق عيني أصلي هو حق الملكية، مع مراعاة أن هذا التناقض يكون موجوداً على فرض أن هذا العقد ما هو إلا عقد بيع صحيح، غاية ما في الأمر أنه معلق على شرط فاسخ .

ويقترح الأستاذ الذنون لرفع هذا التناقض اتخاذ المدة عنصراً للتمييز بينهما، فيرى أنه إذا كان الشرط الفاسخ المقترن بعقد البيع قد حددت له مدة فهو خيار شرط ، أما إذا لم تكن له مدة محددة فهو بيع وفاء، ومن ثم فإنه يخضع لأحكام عقد الرهن الحيازي[٤].

(١) شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة (عقد البيع)، د . حسن علي الذنون، ص٣٩٠، فقد نصت المادة (١٣٣٣) مدني عراقي على أن « بيع الوفاء يتعبر رهناً حيازياً » . وجاء في المادة (٥٠٩) مدني ما نصه « يصح أن يكون البيع بشرط الخيار مدة معلومة، ولا يمنع هذا الشرط في انتقال الملكية إلى المشتري سواءً كان الخيار للبائع أو المشتري أو لهما معاً أو لأجنبي » .

(٢) وسبب وجهة النظر هذه، أن خيار الشرط ليس هو الشرط الفاسخ وفق أحكام القانون المدني العراقي، وإنما توجد العديد من الفروقات بينهما .

(٣) حيث نصت المادة (٢٨٩) من القانون المدني العراقي بفقرتها الأولى على أنه « ١- العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذاً غير لازم، فإذا تحقق الشرط فسخ العقد، وألزم الدائن برد ما أخذه، فإذا استحال رده وجب الضمان، وإذا تخلف الشرط لزم العقد » .

(٤) شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة (عقد البيع)، د . حسن علي الذنون، ص٣٩١ .

وذهب جانب من الفقه إلى الاعتماد على ثمن المبيع كمعيار لتمييز عقد بيع الوفاء عن عقد الرهن الحيازي[١] . فإذا كان الثمن الذي يرده البائع من أجل استرداد المبيع مساوياً للثمن الذي تم به العقد ولو بغبن يسير؛ كان عقد بيع وفاء، أما إذا كان الثمن الذي يرده البائع للمشتري أكثر من الثمن الذي تم فيه البيع، أو كان في هذا الثمن غبن فاحش بحيث لا يتناسب مطلقاً مع قيمة المبيع مع علم البائع بذلك؛ كان العقد رهناً حيازياً، وليس بيع وفاء[٢] .

وقد جرت على هذا المعيار محكمة النقض المصرية في العديد من قراراتها؛ حيث جاء في قرار لها أنه «متى كانت محكمة الموضوع – إذا قضت ببطلان عقد البيع الذي يُخفي رهناً – قد استخلصت قرينة بخس الثمن من أوراق الدعوى التي استندت إليها في تفنيد تقدير الخبير لقيمة الأرض؛ فإنه يكون غير صحيح النعيّ على حكمها بالبطلان في الإسناد»[٣] .

وجاء في قرار آخر لمحكمة النقض المصرية أن «اعتماد الحكم على قرينة بخس الثمن في اعتبار البيع يُخفي رهناً، دون التحدث عن عقود بيع مقدمة عن أطيان في نفس الحوض تنفي هذه القرينة، بغير قصد، مما يستوجب نقض الحكم»[٤] .

ومما تجدر الإشارة إليه أنه توجد صورة أخرى لبيع الوفاء يطلق عليها اسم بيع الاستغلال، ويعرف بأنه البيع الذي يشترط فيه البائع استئجار المبيع من المشتري[٥] . فمثلاً لو باع شخص داره إلى آخر بمبلغ قدره مليون دينار على أنه متى رد الثمن فإن المشتري يرد إليه المبيع، وعلى أن يستأجر البائع الدار المبيعة، فإذا استأجر البائع الدار بمبلغ عشرة آلاف دينار لمدة سنة، بعدما

---

(١) شرح المجلة، سليم رستم باز اللبناني، ص٢٢٣ .

(٢) المذاهب الفقهية في الرهن والشفعة، إبراهيم دسوقي الشهاوي، ص٩٤ .

(٣) طعن رقم (٢٢٢) لسنة (٢١) جلسة (١٠ / ٦ / ١٩٥٤)، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشائها عام ١٩٣١م،الأستاذ حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني، الإصدار المدني، ٢٨٦/٤ .

(٤) طعن رقم (١٧٠) لسنة (١٩) جلسة (٣/٥/١٩٥١م)، المرجع السابق، ٤/٢٨٦ .

(٥) الوجيز في الحقوق العينية التبعية، الأستاذ محمد طه البشير، ص٢١٤ .

أخلاها وسلمها إلى المشتري، كان البيع بيعاً بالاستغلال، ومبلغ الأجرة يمثل بدل إيجار بالنسبة للمشتري[١].

وقد نصت المادة (١١٩) من مجلة الأحكام العدلية على بيع الاستغلال بقولها: « بيع الاستغلال هو بيع المال وفاءً على أن يستأجره البائع ». وهذا العقد مركب من عقدين هما عقد بيع الوفاء وعقد الإيجار[٢]. وهذا العقد – أي بيع الاستغلال – وفقاً للرأي الراجح غير جائز؛ لأن بيع الوفاء يكون له حكم الرهن الحيازي، والراهن إذا استأجر العين المرهونة من المرتهن؛ لا تجب عليه الأجرة في حكم الشرع[٣]، ولكن بعض الفقهاء المسلمين قد أجازه للحاجة إليه، انطلاقاً من القاعدة القاضية بأن « الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامةً كانت أو خاصةً »[٤].

والتساؤل الذي يطرح نفسه هنا ، هل أن بيع الاستغلال بصورته المعروفة في مجلة الأحكام العدلية ، معروف أيضاً في القانون المدني العراقي؟

سبق أن ذكرنا بأن القبض يعد ركناً في عقد بيع الوفاء ، بحيث يترتب على تخلف ركن القبض بطلان العقد ، وقد أكدت هذا الأمر المادتان (١٣٢٢ ، ١٣٢٤) من القانون المدني العراقي[٥]. وقد أكدت على هذا الركن أيضاً المادة (٣٢٥) من قانون التسجيل العقاري بقولها: « ١– يجري تسجيل الرهن الحيازي بالاستناد إلى إقرار المتعاقدين بالرهن، وتسليم العقار المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى يد عدل، بموافقته على أن يدرج اسمه الكامل في حقل خاص من سجل الرهن . ٢– ولا ينعقد الرهن الحيازي الوارد على عقار إلا بتسجيله في السجل العقاري ».

ويتضح من خلال النصوص المتقدمة أن الغرض من ركن القبض هو انتقال الحيازة من البائع إلى المشتري، وأكد المشرع العراقي هذا الحكم في نص المادة (١٣٣٧) من القانون المدني

(١) شرح المجلة، منير القاضي، ١/٢٠٩ .

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، ١/٩٨ .

(٣) قانون عقد البيع في القانون المدني، د . محمود جمال الدين زكي، ص ٦٣ .

(٤) شرح المجلة، سليم رستم باز اللبناني، ص٦٧ .

(٥) راجع نص المادتين (١٣٢٢، ١٣٢٤) من القانون المدني العراقي في ص ٧ .

العراقي ، حيث نصت الفقرة الأولى منها على أنه « ١- يستبقي المرتهن في الرهن الحيازي حيازة المرهون حتى انقضاء الرهن ..... » . واستثناءً من هذا الأصل العام[١]، أجاز المشرع العراقي للبائع أن يستأجر المبيع من المشتري في بيع الوفاء ، وذلك بموجب نص الفقرة الثانية من المادة أعلاه ، حيث نصت على أنه « ٢- ومع ذلك يجوز لراهن العقار رهناً حيازياً أن يستأجره من المرتهن، ويجب أن يذكر الإيجار في سند الرهن إذا اتفق عليه وقت الرهن، وإن اتفق عليه بعد ذلك وجب أن يؤشر به على هامش تسجيل الرهن في الطابو » . من خلال ما تقدم يتبين لنا أن المشرع العراقي قد عرف بيع الاستغلال في صورته المعروفة بمجلة الأحكام العدلية .

ولكن يؤخذ على نص الفقرة الثانية من المادة (١٣٣٧) من القانون المدني العراقي المآخذ الآتية :-

١- إنها تجعل من عقد الإيجار عقداً شكلياً من حيث الظاهر، فالأصل فيه أنه ينعقد بمجرد تطابق الإيجاب والقبول، ولكن يلاحظ أن الغرض من التسجيل هو إعلام الغير بوجود عقد الإيجار، بحيث أنه لا يترتب على عدم التسجيل بطلان عقد الإيجار، ولكن يترتب على عدم التسجيل أثر أساس وهو عدم نفاذ الإيجار في حق الغير، ومن ثم فإن عقد الإيجار سوف يؤدي إلى زيادة ائتمان البائع دون وجه حق ، والإضرار بحقوق الغير الذي يتعامل مع البائع على أساس أن الشيء في حيازته خال من أي حق عليه ، وهذا ما يتحقق تماماً في بيع الاستغلال[٢] .

أضف إلى ذلك أن خروج الشيء المبيع من حيازة المشتري وعودته إلى البائع؛ يعتبر بحد ذاته قرينة على أن بيع الوفاء قد انقضى[٣] . غير أن هذه القرينة تعد قرينة بسيطة بحيث يجوز للبائع

---

(١) وقد أخذ بهذا الاستثناء القانون المدني المصري، ولكنه اشترط إشهار عقد الإيجار من خلال التسجيل . للمزيد من التفصيل راجع: الرهن الوارد على غير الأعيان، د. حسين حامد حسان، ص٥٧١ .

(٢) شرح القانون المدني الجديد، د. محمد كامل مرسي، ص٢٦٠ .

(٣) الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري، ١٠ / ٧٩٤ .

أن يثبت عكسها[١] . وجاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أنه « لا تثريب على المحكمة إن هي اتخذت من وضع يد البائعين وفاءً على التعاقب على المبيع، بوصفهم مستأجرين، قرينة قضائية على أن البيع في حقيقته رهن بالنسبة لهم جميعاً »[٢] .

٢ – إن نطاق نص الفقرة الثانية من المادة (١٣٣٧) من القانون المدني العراقي ، محصور بالعقار فقط دون المنقول ، في حين أن بيع الوفاء باعتباره رهناً حيازياً يرد على العقار والمنقول على حدٍ سواء، لذا كان الأجدر بالمشرع العرقي أن يتلافى هذا الاستثناء بما يتفق والغاية الأساسية من إنشاء عقد الرهن الحيازي، أي أن يوسع نطاق هذه المادة بما يشمل العقار والمنقول على حدٍ سواء.

وهذا الاستثناء السابق بيانه، يكون مقتصراً على حالة إيجار العقار المبيع، فلا يسري على المنقول. فإذا أجَّر المشتري المنقول لبائعه امتنع سريان عقد البيع أي بيع الوفاء، والذي هو رهن حيازي في حق الغير[٣] .

سابعاً ، وأخيراً: فإنه يترتب على تكييف بيع الوفاء بأنه رهن حيازي أن بيع الوفاء ينقضي بذات الطرق التي ينقضي بها الرهن الحيازي ، فهو ينقضي بطريقة تبعية وبطريقة أصلية ، ففي الحالة الأولى ينقضي تبعاً لانقضاء الدين ووفقاً للقواعد العامة، أي بالإبراء والوفاء والمقاصة واتحاد الذمة والتقادم والتجديد، وفي جميع هذه الحالات يجب أن يكون انقضاء الدين تاماً، فإذا بقي جزء منه؛ ظل بيع الوفاء قائماً تطبيقاً لقاعدة عدم التجزئة، التي بموجبها يضمن بيع الوفاء كل جزء من الثمن (الدين)، ويبقى إلى أن يسدد الثمن بتمامه[٤] . وهذا ما أكدته المادة (١٣٣٢) من القانون المدني العراقي حيث نصت في فقرتها الأولى على أنه « ١– كل جزء من المرهون ضامن لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بكل المرهون » . أما في الحالة

(١) التأمينات العينية في القانون المدني، د . خميس خضر، ص٢٠١ .

(٢) طعن رقم (٢١٤) لسنة (١٨) جلسة (٢٣ / ١١ / ١٩٥٠)، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشائها عام (١٩٣١م)، حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني، ٤ / ٢٨٢ .

(٣) التأمينات العينية في القانون المدني، د. خميس خضر، ص٢٠٢ .

(٤) التأمينات العينية، حسين عبد اللطيف حمدان، ص١٢٨ .

الثانية، فإنه ينقضي بطريقة أصلية ومستقلة عن الدين المضمون (الثمن)، وهذه الطرق حددتها المادة (١٣٤٩) من القانون المدني العراقي حيث نصت على أنه « ينقضي الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية:

أ - إذا بيع المرهون لإيفاء دين آخر وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً .

ب - إذا اجتمع حق الرهن مع الملكية في يد شخص واحد، ويعود الرهن إذا زال سبب اتحاد الذمة بأثر رجعي .

ج - إذا تنازل المرتهن عن حق الرهن ولو مستقلاً عن الدين، ويجوز أن يستفاد التنازل دلالة من تخلي المرتهن باختياره عن حيازة المرهون، أو موافقته على التصرف فيه دون تحفظ .

د - إذا هلك المرهون » .

فهذا النص واضح الدلالة على طرق انقضاء بيع الوفاء بصورة أصلية، وهي البيع في المزاد العلني وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً، واتحاد الذمة، والتنازل من قبل المشتري، وأخيراً هلاك المال المبيع دون تعدٍ من المشتري .

أما عن موقف القضاء العراقي، فيلاحظ أن قضاء محكمة التمييز في العراق مستقر على أن بيع الوفاء يُعَدُّ رهناً حيازياً، حيث جاء في قرار للهيئة العامة لمحكمة التمييز في العراق أن « عقد بيع الوفاء يأخذ حكم الرهن الحيازي الذي يشترط القانون المدني لتمامه التسجيل في دائرة الطابو وفق المادة (١٣٢٤) منه »[(١)].

وجاء في قرار آخر لمحكمة التمييز أن « البيع بشرط أن يكون للبائع حق إعادة البدل إلى المشتري هو بيع وفاء، وهو بمثابة رهن، وليس للمشتري إلا المطالبة بالفائدة القانونية عن بدل الشراء للفترة من تاريخ العقد حتى تاريخ إعادة البدل المادة (١٣٣٣) / مدني »[(٢)].

(١) قرار محكمة تمييز العراق المرقم (٣١٣) /حقوقية/(٩٦٦) هيئة عامة في (٢٦/١١/١٩٦٦م)، منشور في مجلة القضاء، تصدرها نقابة المحامين في العراق، العدد الرابع، ص٩٨ .

(٢) قرار محكمة تمييز العراق المرقم (٨٥٧) في (٢٠/١١/١٩٧٣)، منشور في النشرة القضائية ، يصدرها المكتب الفني في محكمة تمييز العراق ، العدد الرابع، ص٦٨ .

المبحث الثاني

بيع الوفاء بوصفه عقداً باطلاً

اتجهت البعض من المذاهب الفقهية الإسلامية والبعض من التقنينات المدنية الوضعية إلى تكييف بيع الوفاء على أنه عقد باطل، لاستناد الفقهاء إلى حجج مختلفة من الشريعة الإسلامية الغراء، ولتأثر الثانية بالتطبيقات العملية التي دفعتها إلى تبني هذا الاتجاه، عليه سيكون هذا المبحث في مطلبين، المطلب الأول لبيان موقف الفقه الإسلامي، والمطلب الثاني لبيان القوانين التي تبنت هذا الاتجاه.

المطلب الأول

بيع الوفاء بوصفه بيعاً باطلاً في الفقه الإسلامي

ذهب جمهور فقهاء المسلمين إلى بطلان عقد بيع الوفاء ، ولكنهم اختلفوا في بيان الأساس الذي بني عليه هذا البطلان[١]، إذ يرى البعض من فقهاء الحنفية أن بيع الوفاء بيع باطل قياساً على بيع الهازل[٢]، ووجه القياس أن المتعاقدين في كلا العقدين لم يقصدا أن يترتب على عقديهما أحكامه وآثاره الشرعية ، فالعلة المشتركة بينهما هو انعدام الرضا في مباشرة السبب؛ لأن المتعاقدين وإن تكلما بصيغة العقد لكنهما لم يقصدا حكمه[٣].

في حين ذهب البعض الآخر من فقهاء الحنفية الى اعتبار بيع الوفاء كبيع المكره[٤]، فجعلوه فاسداً باعتبار شرط الفسخ عند القدرة على إيفاء الدين، فيفيد الملك عند اتصال القبض به

(١) حقيقة البيع الوفائي ـ كصورة من البيوع الموصوفة أم كرهن حيازي، د. نشوان الجادرجي، ص ٦٣ .

(٢) تبيين الحقائق، الزيلعي، ٥/ ١٨٤ .

(٣) المذاهب الفقهية في الرهن والشفعة، إبراهيم دسوقي الشهاوي، ص٨٤ .

(٤) ونحى هذا المنحى الإمام ظهير الدين المرغيناني وظهير الدين إسحاق الولوالجي والصدر الشهيد حسام الدين والصدر الشهيد تاج الإسلام أحمد بن عبد العزيز، وما رجحه الإتقاني من فقهاء الحنفية في بخارى. انظر تبيين الحقائق، الزيلعي، ٥/ ١٨٣ .

وينقض بيع المشتري كبيع المكره؛ لأن الفساد باعتبار عدم الرضا؛ فكان حكمه حكم بيع المكره في جميع الأحكام .

ووجه القياس أن بيع الوفاء هو بيع فاسد بسبب وجود الشرط الوفائي، وبيع المكره بيع فاسد بسبب وجود عيب الإكراه والذي يعد عيباً من عيوب الإرادة ، فكلاهما يعد بيعاً فاسداً ويأخذ حكم عقد البيع الفاسد .

وذهب البعض الآخر من فقهاء الحنفية[١] إلى أن بيع الوفاء يكون بيعاً فاسداً[٢]، يفيد الملك عند حصول القبض، ويكون قابلاً للفسخ وإن تصرف به المشتري وتداولته الأيدي ، واستند أصحاب هذا الرأي إلى ما روي عن الرسول ﷺ أنه « نهى عن بيع وشرط »[٣]، فإذا ذكرا الشرط في العقد، أو ذكراه قبل العقد ثم عقدا البيع مطلقاً عن الشرط وأقرا بالبناء على الشرط المتواضع عليه، أو عقداه مطلقاً وشرطاه بعد العقد وألحقا الشرط بالعقد، فإن بيع الوفاء في جميع هذه الأحوال يكون بيعاً فاسداً، لكون الشرط يخالف مقتضى العقد .

وذهب البعض من فقهاء المالكية[٤] إلى أن بيع الوفاء بيع فاسد، وحجتهم في ذلك أنه لما اشترط فيه أخذ المبيع من قبل البائع عند رد الثمن إلى المشتري؛ فيجعل العقد متردداً بين البيع

(١) ونحى هذا المنحى الإمام علاء الدين بدر وصاحب الهداية وأولاده. انظر: الفتاوى البزازية على هامش الفتاوى الهندية ، ٤/٤٠٨ .

(٢) المرجع السابق، ٤/٤٠٧؛ تبيين الحقائق، الزيلعي، ٥/١٨٣ . ومما تجدر الإشارة إليه أن مصطلح البيع الفاسد يعد مرادفاً لمصطلح البيع الباطل في جميع المذاهب ما عدا المذهب الحنفي، فالفاسد فيه يختلف عن الباطل، فالبيع الفاسد هو كل بيع فاته شرط من شروط الصحة، وحكمه أنه مشروع بأصله دون وصفه، وهو مستحق الفسخ، ولا يترتب عليه حكم قبل القبض، وبعد القبض يثبت الملك للمشتري ويجب عليه ثمن المثل. أما البيع الباطل فهو كل بيع لم يتوافر ركنه أو فاته شرط من شروط الانعقاد، من حيث الأهلية والمحل وغيرها، وهو لا يفيد الحكم أصلاً لأنه غير مشروع باعتبار أصله ووصفه. للمزيد من التفصيل انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للشيخ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ٥/٢٩٩؛ أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي (عرض منهجي) ، العقود الناقلة للملكية، د. محمد زكي عبد البر ، ١/٤٢١-٤٤١ .

(٣) (قليوبي وعميرة) حاشيتا الإمامين الشيخ شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة على شرح العلامة جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للشيخ محيي الدين النووي، ٢/١٧٧ .

(٤) وهو قول الإمام مالك في جامع البيوع من سماع أشهب وقول ابن القاسم في المدونة. انظر: المدونة الكبرى، الإمام مالك بن أنس، ٤/١٣٢ .

والسلف (القرض)، فالبائع إذا رد الثمن إلى المشتري كان العقد سلفاً (قرضاً)، وإذا لم يرده كان العقد بيعاً، وبين السلف والبيع اختلاف في كثير من الأحكام، والعقد الذي يتردد بينهما لا تترتب عليه آثاره في أحدهما(١).

فلعلماء المالكية في هذا العقد رأيان؛ أحدهما رهن باطل، كما مرّ سابقاً، والآخر بيع باطل، وتبدو فائدة الخلاف بين هذين الرأيين في غلة المبيع، فمن قال أنه بيع فاسد تكون الغلة فيه للمشتري؛ لأن العين في ضمانه، والخراج بالضمان، ومن قال أنه رهن باطل فإن الغلة تكون للبائع؛ لبقاء ملكيته للمبيع وضمانه عليه، ويلتزم المشتري بردها(٢).

وذهب جمهور الشافعية إلى أن بيع الوفاء بيع باطل، إذا كان مقترناً به شرط فاسد، إذ يترتب عليه ألا ينتقل الملك في المبيع عن مالكه ولا في الثمن عن مالكه، بل هما باقيان على ما كان عليه(٣)، بمعنى آخر إذا كان الشرط الوفائي في صلب العقد أو اشترط في مجلس العقد أو اشترط في زمن خيار الشرط؛ فإن العقد في جميع هذه الأحوال يكون باطلاً(٤)؛ لأن هذا الشرط يخالف مقتضى العقد وحكمه، وهو ثبوت ملكية البدلين لطرفي العقد. في حين يعد هذا العقد صحيحاً إذا خلا من الشرط الوفائي، أو إذا اتفق عليه قبل العقد، أو اتفق عليه بعد أن أصبح العقد لازماً(٥).

---

(١) المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة في الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ٢/٣٣٦.

(٢) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالحطاب، ٤/٣٧٣.

(٣) الفتاوى الكبرى الفقهية، أحمد شهاب الدين بن محمد بدر الدين بن محمد شمس الدين بن علي نور الدين بن حجر الهيتمي الشافعي المكي، ٢/١٥٧.

(٤) الشروط الشائعة في المعاملات وأحكامها في الشريعة الإسلامية والقانون، د. زكي الدين شعبان، ص٣٥٨.

(٥) المذاهب الفقهية في الرهن والشفعة، إبراهيم دسوقي الشهاوي، ص ٨٩، ٩٠.

وسبب وجهة النظر هذه تعود إلى رأي الشافعية في موضوع الشروط، فللشروط في عقد البيع عند جمهور الشافعية حالات:

الحالة الأولى: ما هو من مقتضى العقد؛ بأن يبيعه بشرط خيار المجلس، أو بشرط تسليم المبيع، أو الرد بالعيب، أو الرجوع بالعهدة، أو أن يشترط المشتري على البائع أن ينتفع بالمبيع كيف شاء، وهذه الشروط لا تفسد العقد بلا خلاف، بل على العكس؛ يكون هذا الشرط توكيداً لبيان ما يقتضيه حكم العقد .

الحالة الثانية: أن يكون الشرط مما لا يقتضيه مطلق العقد لكن فيه مصلحة للمتعاقدين أو لأحدهما أو لغيرهما؛ مثل خيار الشرط لثلاثة أيام، والرهن أي اشتراط أن يكون المبيع غير مرهون، وغيرها، وكشرط كون العبد المبيع خياطاً أو كاتباً أو غيره؛ فلا يبطل العقد بلا خلاف، بل يكون صحيحاً ويثبت المشروط(١) .

الحالة الثالثة: أن يشترط ما لا يتعلق به غرض، فيورث تنازعاً كشرط ألا يأكل إلا الهريسة، ولا يلبس إلا الخزّ ، ونحو ذلك ، فهذا لا يفسد العقد، بل يلغو . هكذا قطع به الإمام الغزالي .

الحالة الأخيرة: أن لا يكون الشرط مما سبق، كأن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع المبيع، أو لا ينتفع به، أو لا يؤجره، أو يبيعه، أو أنه إذا باعه فلا يبيعه إلا له، وإلى غير ذلك ، فالبيع باطل في جميع هذه الصور. وهذا هو حال الشرط الوفائي عند الشافعية ، فيجعل العقد باطلاً لكونه يخالف مقتضاه(٢) .

وخلاصة مسألة الشروط عند الشافعية «أن الشروط السابقة على العقد أو الواقعة بعد لزومه لا اعتبار لها ولا تأثير لها في العقد بحال، وإنما المعتبر منها ما يذكر في صلب العقد أو قبل لزومه»(٣) .

---

(١) المجموع شرح المهذب، محيي الدين بن شرف النووي، ٩/٤٠٥ .

(٢) روضة الطالبين، أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، ٣/٤٠٤ .

(٣) الشروط الشائعة في المعاملات وأحكامها في الشريعة الإسلامية والقانون، د. زكي الدين شعبان، ص٣٦٠ .

وذهب جمهور الحنابلة إلى بطلان عقد بيع الوفاء، وعللوا ذلك بأنه قرض جر منفعة وهو باب من أبواب الربا المنهي عنه؛ فقد جاء في كتاب الإقناع «وبيع الأمانة الذي مضمونه اتفاقهما على أن البائع إذا جاءه بالثمن أعاد عليه ملك المبيع، ينتفع به المشتري بالإجارة والسكنى ونحو ذلك، هو عقد باطل بكل حال، ومقصودهما إنما هو الربا بإعطاء الدراهم إلى أجل، ومنفعة الدار هي الربح والواجب فيه رد المبيع إلى البائع، وأن يرد إلى المشتري ما قبضه لكن يحسب له منه ما قبضه المشتري من المال الذي سموه أجرة»[١]. لكن يلاحظ أن الحنابلة قد أجازوا صوراً لخيار الشرط قريبة جداً من بيع الوفاء، فقد جاء في كتاب المغني «إذا شرط الخيار حيلة على الانتفاع بالقرض ليأخذ غلة المبيع ونفعه في مدة انتفاع المقترض بالثمن ثم يرد المبيع بالخيار عند رد الثمن، فلا خيار فيه لأنه من الحيل ولا يحل لآخذ الثمن الانتفاع به في مدة الخيار، ولا التصرف به»[٢] أي أن الحنابلة يأخذون بنظر الاعتبار قصد المتعاقدين من العقد الموصوف بخيار الشرط فإذا كان قصدهما مجرد الانتفاع بالمبيع بالنسبة للمشتري وبالثمن بالنسبة للبائع ، كان العقد باطلاً؛ لأنه يعد من الحيل يؤدي إلى الربا المحرم.

في حين أن بيع الوفاء عند الحنابلة، يكون عقد بيع صحيحاً إذا كان قصد المشتري والبائع ينصرف إلى ملكية المبيع والثمن بالنسبة إلى كل من طرفي العقد . فقد جاء في كتاب الفروع ما نصه «وقد نقل علي بن سعيد فيمن باع شيئاً واشترط بأن باعه فهو أحق به بالثمن – جواز البيع والشرطين، وأطلق ابن عقيل في صحة هذا الشرط ولزومه روايتين ، قال شيخنا عنه نحو عشرين نصاً على صحة هذا الشرط»[٣].

---

(١) الإقناع، شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، ٢/٥٨ .

(٢) المغني، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، ٣/٥٣٠؛ وانظر أيضاً: شرح منتهى الإرادات، الإمام منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، ٢/١٦٩ .

(٣) الفروع، شمس الدين محمد بن مفلح، ٤/٦٢ .

المطلب الثاني

بيع الوفاء بوصفه عقداً باطلاً في القانون

ذهب كل من القانون المدني المصري والقانون المدني السوري إلى إبطال عقد بيع الوفاء، فالقانون المدني المصري لم يستقر على هذا الاتجاه إلا بعد ردح طويل من الزمن، حيث كان بيع الوفاء يستخدم في الغالب وسيلة لإخفاء الرهن الحيازي المقترن بشرط تملك المرهون عند عدم الوفاء، وهو شرط باطل، لذا نجد أن المشرع المصري، قد تردد في إبطال عقد بيع الوفاء. فقد مر هذا العقد بثلاثة أدوار تشريعية متتالية[١] وهي:

الدور الأول: كان التقنين المدني الملغي ينظم أحكام بيع الوفاء بوصفه نوعاً كنوع من البيوع الخاصة في المواد (٣٣٨ – ٣٤٧) من التقنين المدني الأهلي، وهي تقابل المواد (٤٢١– ٤٣٣) من التقنين المدني المختلط[٢]، وكان ذلك قبل سنة (١٩٢٣م)، حيث إن بيع الوفاء وبموجب أحكام المادة (٣٣٨) أهلي / (٤٢١) مختلط، والتي نصت على أنه « ينقسم بيع الوفاء إلى نوعين: الأول: جعل العقار أو الشيء المبيع بيع وفاء رهناً للمشتري لسداد الدين الذي على البائع. الثاني: البيع مع اشتراط البائع استرداد المبيع وإعادة الأشياء إلى الحالة التي كانت عليها أولاً إذا أحب ذلك »، ونصت المادة (٣٣٩) أهلي /(٤٢٢) مختلط على أنه « تتبع في النوع الأول من بيع الوفاء الضوابط المختصة برهن العقار أو المنقول، وفي النوع الثاني من بيع الوفاء تتبع الضوابط الآتية »، أي تتبع القواعد الخاصة ببيع الوفاء[٣]. فبموجب أحكام هاتين المادتين فإن بيع الوفاء يكون على نوعين؛ نوع يكون المقصود منه أحكام الرهن الحيازي ، ونوع آخر يكون المقصود به أحكام بيع الوفاء[٤]. ومما يعول عليه في التمييز بين هذين النوعين من

---

(١) المذاهب الفقهية في الرهن والشفعة، إبراهيم دسوقي الشهاوي، ص٩٣ .

(٢) عقد البيع في التقنين المدني الجديد، د. سليمان مرقس و د. محمد علي الإمام، ص٩٣ .

(٣) شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، د. محمد كامل مرسي بك، ٦ /٤١٨ .

(٤) نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، د. زكي الدين شعبان، ص١٥٢ .

العقود هو جملة القرائن المستنبطة من قبل القاضي، ومن هذه القرائن أن يكون الثمن غير متناسب مع قيمة الشيء المبيع، أو بقاء المبيع تحت يد البائع بأي صفة كان كالإجارة مثلاً، أو إذا أجر المشتري المبيع للبائع بأجر عال، وغيرها من القرائن الأخرى(١).

ويرى الأستاذ المرحوم أحمد نجيب الهلالي بك «أن في هذا التقسيم من الخطأ ما يكفي للخلط بين عقدين متمايزين مختلفي الأحكام، فإن المادة (٣٣٩ / ٤٢٢) القديمة لا معنى لها، إذ العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، فإذا ظهر أن العقد رهن جرت فيه أحكام الرهن بلا حاجة إلى نص، ولهذا اضطر الشارع في بيان أحكام النوع الأول إلى الاكتفاء بمجرد الإحالة على أحكام الرهن»(٢).

الدور الثاني: لما كثر استعمال الرهن الحيازي في صورة بيع الوفاء حيث آثر المرابون هذا السبيل؛ لأنه يوفر عليهم إجراءات التنفيذ التي يتطلبها الرهن الحيازي لغرض استيفاء الدين واستُخدم هذا العقد وسيلة للتحايل على القواعد الآمرة في الرهن التي تقضي ببطلان كل اتفاق يجعل للدائن المرتهن الحق في أن يتملك المال المرهون عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله، ولم يقتصر الأمر عند هذا الحد بل استخدم أيضاً وسيلة للتحايل على قاعدة تحريم الاتفاق على فائدة يزيد سعرها على الحد القانوني المسموح به(٣).

لذلك اضطر المشرع إلى تعديل المادتين (٣٣٨ ، ٣٣٩) من التقنين المدني الأهلي بالقانون رقم (٤٩) لسنة (١٩٢٣م)، وتعديل المواد (٤٢١ ، ٤٢٢ ، ٤٢٣) من التقنين المدني المختلط بالقانون رقم (٥٠) لسنة (١٩٢٣م)(٤). فأصبح نص المادة (٣٣٨) أهلي / (٤٢١) مختلط ما يلي «حق استرداد المبيع أو الشرط الوفائي هو شرط يحفظ به البائع لنفسه حق استرداد العين المبيعة مقابل دفع المبالغ المنصوص عليها في المادة (٣٤٤) في الميعاد المتفق عليه»،

(١) شرح البيع في القوانين المصرية والفرنسية وفي الشريعة الإسلامية، محمد حلمي عيسى، ص٦٢٣ .
(٢) شرح القانون المدني في العقود، الأستاذ أحمد نجيب الهلالي بك، ١ / ٥١٠ .
(٣) العقود المدنية الكبيرة، البيع والتأمين والإيجار، د. خميس خضر، ص٣٠٨،٣٠٩ .
(٤) تعديل نصوص هذه المواد منشور في جريدة الوقائع المصرية العدد (١١٩) في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٣م.

والمادة (٣٣٩) أهلي / (٤٢٢ – ٤٢٣) مختلط «إذا كان الشرط الوفائي مقصوداً به إخفاء رهن عقاري فإن العقد يعتبر باطلاً لا أثر له – سواء بصفته بيعاً أو رهناً –، ويعتبر العقد مقصوداً به إخفاء رهن إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد، أو إذا بقيت العين المبيعة في حيازة البائع بأي صفة من الصفات، ويجوز بالطرق كافة إثبات عكس ما في العقد بدون التفات إلى نصوصه»، وبموجب هذا التعديل، فإنه متى اتضح أن بيع الوفاء يخفي رهناً حيازياً عقارياً، فإنه يكون باطلاً، ولا يترتب عليه أي أثر سواء باعتباره بيعاً أو رهناً، وإنما يعد سنداً عادياً(١).

والتعديل المتقدم أبطل عقد بيع الوفاء الخاص بالعقار لا المنقول، فإذا ورد هذا العقد على المنقول فإنه يكون صحيحاً، وتطبق عليه أحكام الرهن الحيازي(٢). وأشار هذا التعديل إلى قرينتين، يستدل من خلالهما على حقيقة العقد، وهي اشتراط المشتري على البائع إذا أراد الاسترداد أن يرد مع الثمن فوائده، وكذلك قرينة بقاء المبيع تحت يد البائع بأي سبب، وهذه القرائن غير قاطعة يجوز إثبات عكسها(٣).

الدور الثالث: التعديل المتقدم لم يثن المرابين عن المجازفة بإخفاء الرهن في صورة عقد بيع الوفاء، وذلك اعتماداً منهم على شدة احتياطهم في ستر الحقيقة(٤). لذا وفي أثناء تنقيح القانون المدني الجديد غلبت أول الأمر فكرة الإبقاء على بيع الوفاء، غير أن المشروع لما وصل إلى لجنة القانون المدني في مجلس الشيوخ غلبت فكرة محاربة بيع الوفاء، وانقسمت اللجنة إلى رأيين:

الرأي الأول: قال بحذف المواد الخاصة ببيع الوفاء، وعدم النص على هذا العقد اكتفاءً بأحكام الرهن؛ لأنه تبين من الواقع العملي أن كثيراً من البيوع الوفائية تستر رهوناً حيازية

---

(١) المذاهب الفقهية في الرهن والشفعة، إبراهيم دسوقي الشهاوي، ص٩٣ .

(٢) عقد البيع في القانون المدني، د. عبد المنعم البدراوي، ص٨١ .

(٣) الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري، ٤ / ١٥٠ .

(٤) الوافي في شرح القانون المدني، د. سليمان مرقس، ٣ / ٤٣١ .

عقارية، وإن كان المشرع في سنة (١٩٢٣م) قد نص على أن بيع الوفاء إذا ستر رهناً كان العقد باطلاً بوصفه بيعاً أو رهناً(١).

وقد استند أصحاب هذا الرأي في تبرير رأيهم إلى ثُلة من الحجج ، وهي أن عقد بيع الوفاء معمول به نظرياً، وهو يهدف إلى تحقيق أحكام الرهن من أيسر السبل، ونظام الرهن بنوعيه يغني عنه، وعلى الأخص رهن الحيازة، وهذا العقد يقضي على مزية حماية الملكية للصغير، حيث يفسح بيع الوفاء المجال أمام المرابي بأن يشتري أرض الفلاح الصغير، وتخلص له ملكيتها إذا لم يسترد الثمن وكان لا يستطيع ذلك عن طريق الرهن، أضف إلى ما تقدم أن فكرة بيع الوفاء تكون متوفرة دائماً عندما يكون الغرض إتاحة الفرصة للبائع في الاسترداد، وهذا نادر الحدوث، لعجزهم عن ذلك، وبالتالي تضيع عليهم أموالهم بثمن بخس، وأخيراً فإن البائع في هذا النوع من البيوع لا يستطيع أن يبيع ماله مرة ثانية بيعاً باتاً(٢).

الرأي الثاني: ذهب أنصار هذا الرأي إلى الإبقاء على بيع الوفاء، ومحصلة رأيهم أنه في حذف هذا النوع من البيوع انعدام بعض التصرفات المقبولة والمألوفة في التعامل، وليس من الصواب القول بأن كل بيع وفاء يستر رهناً؛ لأن المشتري في بيع الوفاء الحقيقي يطمع بعد انقضاء المدة أن يكون مالكاً باتاً، والبائع يطمع في أن يسترد ملكه، فإذا حُرم مثل هذا البائع من هذا التصرف وألحت عليه الحاجة وكان من صغار الملاك؛ اضطر إلى بيع ملكه بيعاً نهائياً. ورد الأستاذ الدكتور السنهوري على القائلين بالحذف بأن المشروع لم يستحدث أحكاماً جديدة في هذا النوع من البيوع الذي يجب الإبقاء عليه؛ لأن الحاجة العملية أثبتت أهميته، وبالإمكان حماية صغار الملاك والفلاحين من خلال الكشف عن البيوع الوفائية الساترة لرهون ومحاربتها، أما ما قيل من أن البائع لا يستطيع بيع ملكه مرة أخرى بيعاً نهائياً؛ فمردود؛ لأنه يستطيع ذلك،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ٤/١٦٩ .

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري، ٤/١٦٣ وما بعدها؛ عقد البيع في القانون المدني، د. عبد المنعم البدراوي، ص٨٢ .

غير أن بيعه يكون معلقاً على شرط الاسترداد. وخلص الأستاذ السنهوري إلى القول أن أصحاب الرأي الأول لم يثبتوا أن العمل أبان أن بيع الوفاء مضاره أكثر من نفعه[١].

ومن ثم قدمت اللجنة تقريرها بخصوص حسم مسألة بيع الوفاء وجاء فيه: «تناولت اللجنة بيع الوفاء وقد رأت بالإجماع أن هذا النوع من البيع لم يعد يستجيب لحاجة جدية في التعامل، إنما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان تبدأ ستاراً لرهن، وينتهي الرهن إلى تجريد البائع من ملكه بثمن بخس، والواقع أن من يعمد إلى بيع الوفاء لا يحصل على ثمن يتناسب مع قيمة المبيع، بل يحصل عادةً على ما يحتاج إليه من مال ولو كان أقل بكثير من هذه القيمة، ويعتمد غالباً على احتمال وفائه بما قبض قبل انقضاء أجل الاسترداد، ولكنه قلّ أن يحسن التقدير، فإذا أخلف المستقبل ظنه وعجز عن تدبير الثمن خلال هذا الأجل ضاع عليه، دون أن يحصل على ما يتعادل مع قيمته، وتحمّل غبناً ينبغي أن يدرأه القانون عنه. ولذلك رأى أن تحذف النصوص الخاصة ببيع الوفاء، وأن يستعاض عنها بنص عام يحرم هذا البيع في أية صورة من الصور. وبهذا لا يكون أمام الدائن أو المدين إلا الالتجاء إلى الرهن الحيازي وغيره من وسائل الضمان التي تضمنها القانون وأحاطها بما يكفل حقوق كل منهما، دون أن يتسع المجال لغبن قلّما يؤمن جانبه»[٢]. وكانت نتيجة كل ما تقدم بطلان عقد بيع الوفاء في القانون المدني المصري، إذ نصت على ذلك المادة (٤٦٥) من هذا القانون، بقولها: «إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلاً».

أما عن موقف القضاء المصري، فهو ثابت على هذا الاتجاه، حيث جاء في قرار صادر عن محكمة النقض المصرية بأن «عقد البيع الذي يخفي رهناً – أي بيع الوفاء – يجوز إثبات بطلانه بكافة الطرق بين المتعاقدين»[٣]. وجاء في قرار آخر «بطلان البيع الوفائي الذي يستر رهناً، المادتين (٣٣٨ ، ٣٣٩) مدني قديم بعد تعديلها بالقانون رقم (٤٩) لسنة (١٩٢٣م)،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ٤ /١٧١–١٧٤ .

(٢) المرجع السابق، ٤ /١٧٨،١٧٩ .

(٣) طعن رقم (١٠٨٥) لسنة (٤٨) جلسة (٧ / ٢ / ١٩٨٢)، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض ، الدائرة المدنية في خمس سنوات ٧٩–١٩٨٤، فتيحة محمود قرة، ١ /١٢٩ .

والاشتراط في العقد رد الثمن مع الفوائد، أو بقاء العين المبيعة في حيازة البائع، قرينتان قانونيتان قاطعتان على أن العقد يستر رهناً »(١) .

أما عن موقف القانون المدني السوري فهو مستقر على بطلان عقد بيع الوفاء حيث نصت المادة (٤٣٣) منه على أنه « إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلاً »(٢) .

وقد يثار التساؤل، حول مدى إمكانية تطبيق أحكام الصورية على عقد بيع الوفاء في القانونين المصري والسوري ؟

وسبب إثارة هذا التساؤل هو القرارات العديدة الواردة عن محكمة النقض المصرية حيث جاء في قرار لها أنه « لا يشترط على ما جرى به قضاء محكمة النقض لاعتبار البيع وفائياً أن يثبت شرط الاسترداد – أي استرداد المبيع – في عقد البيع نفسه، بل يجوز وروده في ورقة مستقلة » . وجاء في قرار آخر لها « أن مفاد نص المادة (٤٦٥) من القانون المدني أنه يشترط في بيع الوفاء الذي يبطله القانون أن تتجه إرادة الطرفين وقت إبرام العقد إلى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة، ولا يلزم أن يدرج هذا الشرط في ذات عقد البيع بل يجوز إثباته في ورقة لاحقة، بشرط توافر المعاصرة الذهنية التي تربطه بالبيع، واستظهار شرط المعاصرة الذهنية . . . »(٣) .

قد يبدو للوهلة الأولى أن محكمة النقض المصرية تطبق أحكام الصورية(٤) على بيع الوفاء،

(١) طعن رقم (٧٥٩) لسنة(٤٩) جلسة (٣٠/٥/١٩٨٢م)، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض، فتيحة محمود قرة، ١/١٣٠ .

(٢) شرح القانون المدني، مصطفى أحمد الزرقاء، ص٩٣ .

(٣) طعن رقم (٥٠٩) لسنة (٤٢) جلسة (١٥ / ٣ / ١٩٧٦م)، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية، حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني، ٤/٢٩٢ .

(٤) وتعرّف الصورية « بأنها وضع ظاهري غير حقيقي يستر موقفاً خفياً حقيقياً ، يقوم على أساس اتفاق مستتر، قد يمحو كل أثر للوضع الظاهر وقد يعدل أحكامه » . وللتفصيل انظر: القانون المدني وأحكام الالتزام، د. عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ د . محمد طه البشير، ٢/١٢٠ .

والحقيقة خلاف ذلك؛ لأن الصورية بمختلف أنواعها[١] لاتصلح أن تكون سبباً للحكم ببطلان العقد[٢]، لأن من أهم الآثار المترتبة على الصورية هو أن يسري ما بين المتعاقدين وخلفهم العام أحكام العقد الذي يقصدانه حقيقةً، وهو العقد المستور دون العقد الذي لم يقصدا به إلا الغش والخديعة[٣]، في حين يسري في حق الغير والخلف الخاص العقد الخفي أو العقد الصوري بحسب مصلحة ذوي الشأن .

وبالتالي، فإنه لا يمكن تطبيق أحكام الصورية على بيع الوفاء؛ لأنه يتعارض تماماً مع نص المادتين (٤٦٥ مصري ، ٤٣٣ سوري) ، خصوصاً أن البطلان المقرر فيهما هو بطلان مطلق .

ويثير جانب من الفقه[٤] التساؤل حول ما إذا كان هناك فرق بين حكم بيع الوفاء في القانون المدني المصري والذي يعتبره عقداً باطلاً عن حكمه في القانون المدني العراقي والذي يعده رهناً حيازياً ؟ ويجيب الدكتور عادل سيد فهيم، بالقول: «الواقع أن نظرية تحول العقد الواردة في نص المادة (١٤٤) مدني مصري والمقابلة لنص المادة (١٤٠) مدني عراقي، هذه النظرية تؤدي عملاً إلى أن يصبح حكم المادتين واحداً؛ إذ من الواضح الجلي أن نية المتعاقدين

(١) والصورية تكون على نوعين: النوع الأول: وهو الصورية المطلقة، وهي تمحو كل أثر للوضع الظاهر ، والنوع الثاني: هو الصورية النسبية التي تخفي حقيقة العلاقة القانونية دون أن تنكر وجودها، وهذا النوع الأخير له ثلاثة صور؛ هي الصورية بطريقة التستر وتتناول نوع العقد لاوجوده مثل الهبة في صورة البيع، والصورية بطريق المضادة وهي لا تتناول وجود العقد أو نوعه بل ركناً أو شرطاً فيه، وهذا النوع الثاني هو الذي ينسجم مع بيع الوفاء، ولا سيما عند ورود شرط الاسترداد في ورقة مستقلة عن عقد بيع الوفاء، والصورية بطريق التسخير وهي تتناول شخص أحد المتعاقدين كأن يكون هناك مانع قانوني يحول دون تمام الصفقة لشخص معين. علماً أن الصورية لا تتحقق إلا إذا توافرت شروطها، وهي أن يوجد عقدان اتحد فيهما الطرفان والموضوع، وأن يختلف العقدان من حيث الماهية أو الأركان أو الشروط، وتوفر المعاصرة الذهنية بين العقدين، ويقصد بها اتجاه الإرادة إلى اتخاذ الموقف الخفي الحقيقي، وإلى ستره بوضع ظاهر في وقت واحد وإن كان تاريخ الاتفاق المستتر تالياً لتاريخ نشوء الوضع الظاهر، وأن يكون أحد العقدين ظاهراً والآخر مستتراً. للمزيد من التفصيل انظر: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، د. عبد الرزاق السنهوري، ٢/١٠٧٣-١٠٧٧ .

(٢) أحكام الالتزام – آثار الحق في القانون المدني الأردني، د. عبد القادر الفار، ص ٩٦ .

(٣) أحكام القانون المدني المصري (التأمينات الشخصية والعينية)، د. عبد الفتاح عبد الباقي، ص٦٢٩ .

(٤) وقد أثار هذا التساؤل الدكتور عادل سيد فهيم من شراح القانون المدني العراقي .

في بيع الوفاء لم تنصرف قطعاً إلى البيع، وإنما نيتهما كانت تنصرف إلى الرهن، وقد تم انتقال الحيازة طبقاً لبيع الوفاء، فهو رهن حيازي» . ومن ثم فإن إبطال عقد بيع الوفاء طبقاً لنص المادة (٤٦٥) مدني مصري يحوله إلى عقد رهن حيازي بمقتضى حكم المادة (١٤٤) مصري، أي أن حكمها ينتهي عملاً إلى نفس حكم المادة (١٣٣٣) مدني عراقي»[١] .

ويترتب على هذا التكييف أن بيع الوفاء لا يكون له أي أثر لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير ، حيث يجب على المشتري رد المبيع وثماره للبائع ، وله أن يسترد المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة ، ويجب على البائع أن يرد للمشتري الثمن ولا عبرة بالأجل، وهذا يكون كله وفق قاعدة المدفوع دون حق ، وفي الفترة السابقة على بطلان العقد، إذا تصرف المشتري بالمبيع للغير، فتطبق عليه أحكام تصرفات الفضولي، أما إذا تصرف به البائع فتصرفه يعد صحيحاً لأنه هو المالك للمبيع، وإذا انقضت مدة الاسترداد وأراد البائع استرداد المبيع؛ فإنه يكون له ذلك، لا على أساس تحقق الشرط الفاسخ وهو رد الثمن، وإنما على أساس أن العقد باطل بطلاناً مطلقاً[٢] .

وقد يتبادر إلى الذهن مدى إمكانية التمسك بالحيازة مع التقادم بوصفه سبباً مكسباً لملكية المبيع في حالة بيع الوفاء الباطل ؟ من المعلوم أن الدفع بالتقادم يجوز إبداؤه في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، ما لم يتحقق التنازل عنه قبل ذلك، ولا يجوز إبداؤه أمام محكمة التمييز؛ لأنها محكمة ورق يقتصر دورها على تدقيق أحكام المحاكم المختلفة[٣] . ولا شك أن التمسك بالحيازة مع التقادم كسبب من أسباب كسب الملكية غير ممكن في حالة بيع الوفاء الباطل وبالنسبة الى نوعي التقادم؛ وذلك لسببن هما :

---

(١) نظرية التأمين العيني في القانون المدني العراقي، د. عادل سيد فهيم، ص١٨٦ .

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري، ٤ / ١٦٦ .

(٣) شرح قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة (١٩٦٩م) المعدل، د. ممدوح عبد الكريم حافظ، ١ / ٢٢٨ .

أولاً: في حالة التقادم الطويل: لا بد من توافر المدة القانونية الى جانب حيازة البيع من قبل المشتري وهي خمس عشرة سنة، وهذا ما أكدته الفقرة الأولى من المادة (١١٥٨) من القانون المدني العراقي بقولها: « ١- من حاز منقولاً أو عقاراً غير مسجل في دائرة الطابو باعتباره مالكاً له، أو حاز حقاً عينياً على منقول، أو حقاً عينياً غير مسجل على عقار، واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة؛ فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى الملك أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بذي عذر شرعي »، وهذا غير ممكن في حالة بيع الوفاء الباطل؛ لأن أقصى مدة للاسترداد هي خمس سنوات، وبالتالي لايمكن للمشتري أن يتمتع بالحيازة مع التقادم الطويل كسبب مكسب للملكية.

ثانياً: في حالة التقادم القصير: بما أن مدة التقادم القصير هي خمس سنوات، ومدة الاسترداد في التقنين الملغي هي خمس سنوات، فقد يتبادر إلى الذهن مدى إمكانية التمسك بالحيازة مع التقادم القصير من أجل كسب ملكية البيع؟ لاشك أن هذا غير ممكن؛ لأن التقادم القصير يشترط فيه – بالإضافة إلى الشروط العامة بالحيازة مع التقادم الطويل – توافر شرطين أساسيين هما حسن النية، والسبب الصحيح[١]، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١١٥٨) من القانون المدني العراقي بقولها: « ٢ – وإذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري، وكان غير مسجل في دائرة الطابو، واقترنت الحيازة بحسن نية، واستندت في الوقت ذاته إلى سبب صحيح؛ فإن المدة التي تمنع من سماع الدعوى تكون خمس سنوات، ولا يشترط توافر حسن النية، إلا وقت تلقي الحق »، وبالتالي فإنه لا يمكن الدفع بالتقادم القصير؛ لانتفاء شرط من شروطه وهو السبب الصحيح، حيث أن العقد الباطل لا يمكن أن يرقى إلى مرتبة السبب الصحيح، أضف إلى ما تقدم أن البطلان المقرر بمقتضى نص المادتين (٤٦٥) مدني

(١) ويقصد بالسبب الصحيح: بأنه عمل قانوني صادر لمصلحة الحائز من شخص لا يكون مالكاً للشيء أو صاحب الحق العيني الذي يراد كسبه بالتقادم ، ويكون من شأنه أن ينقل بذاته الملكية أو الحق العيني لو كان صادراً من المالك أو صاحب الحق. للمزيد من التفصيل انظر: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، د. صلاح الدين الناهي، ص٣٧٣ .

مصري/(٤٣٣) مدني سوري، هو بطلان مطلق؛ لأنه مقرر بمقتضى نص خاص ، وقد جاء في قرار صادر عن محكمة النقض المصرية «بأن بيع الوفاء الذي يقتضي وضع يد المشتري على المبيع المدة الطويلة لايكسبه الملكية»(١).

فهذا القرار واضح الدلالة، فحتى في الحالة التي يكون المقصود به الرهن فإن وضع يد المشتري على المبيع بوصفه مرتهناً لا يكسبه ملكية المبيع أو المال المرهون، لسبب واضح وهو أن حيازة المرتهن حيازة عرضية(٢)، أي أن نية التملك غير متوفرة بالنسبة للمشتري، فبيع الوفاء في القانونين المدنيين المصري والسوري بيع باطل ، سواء كان المقصود به حقيقة بيع الوفاء أو كان مقصوداً به الرهن الحيازي .

المبحث الثالث

بيع الوفاء بوصفه عقد بيع صحيح معلق على شرط فاسخ

بين القوانين التي ترى أن بيع الوفاء عقد رهن حيازي وبين القوانين التي تراه عقد بيع باطل تنحو بعض التقنينات المدنية الوضعية منحى مغايراً لما سبق، وتعده عقد بيع صحيح معلق على شرط فاسخ، مما تطلب كتابة هذا المبحث بمطلبين: المطلب الأول لبيان موقف الفقه الإسلامي، والمطلب الثاني لبيان موقف القوانين التي أخذت بهذا الاتجاه.

المطلب الأول

بيع الوفاء بوصفه عقد بيع صحيح في الفقه الإسلامي

ذهب البعض من فقهاء الحنفية إلى أن عقد بيع الوفاء هو بيع جائز غير لازم، فيحل للمشتري الانتفاع بالمبيع، ويفسخ العقد عندما يطلب أحد المتعاقدين ذلك(٣)، ولكن العقد يكون فاسداً

---

(١) الطعن رقم (٥٧٩) لسنة (٤٨) بتاريخ (٦/٥/١٩٨١)، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض، فتيحة محمود قرة، ١/١٣٠ .

(٢) الحقوق العينية الأصلية، د. عبد المنعم فرج الصدة، ص ٥٢٣، ٥٢٤ .

(٣) الفتاوى البزازية على هامش الفتاوى الهندية، ٣/٢٠٩ .

إن اتفقا على شرط الاسترداد في نفس العقد، أو تلفظ بلفظ البيع بشرط الوفاء، فإن خلا من هذه الشروط، بأن ذكرا البيع بلا شرط ثم اتفقا على الشرط بعد العقد على وجه المواعدة؛ جاز البيع، ويلزم الوفاء بالشرط، أي أن العقد جائز عندهم على اعتبار الشرط وعداً بالبيع، وليس بنداً من بنود العقد، واستندوا في ذلك إلى الحجج الآتية: الأولى: ما روي عن الرسول ﷺ أنه قال: «العدة دين»(١)، ووجه الاستدلال بهذا الحديث أنه يجعل الوعد لازماً لحاجة الناس إليه، وفراراً من الربا(٢). الثانية: أن هذا العقد جائز؛ لأنه خالٍ من شرط يخالف مقتضاه. الثالثة: أن أهل بلخ اعتادوا الدين والإجارة معاً، وهي لا تصح في الكروم، وأهل بخارى اعتادوا الإجارة الطويلة، ولا يكون ذلك ممكناً في الأشجار فاضطروا إلى بيعها بيع وفاء، وما ضاق على الناس أمر إلا اتسع حكمه(٣).

وذهب آخرون من الحنفية إلى أنه بيع جائز لازم، فيستطيع المشتري الانتفاع بالمبيع وفاء، وكذلك استغلاله حتى بإجارته إلى نفس البائع، وهو يملك نماءه وما ينتج عنه، وحجتهم في ذلك أنهما تلفظا بلفظ البيع، ولا عبرة بمجرد النية بلا لفظ، فإن من تزوج امرأة بنية تطليقها بعد سنة فإن العقد لا يكون متعة(٤)، إن هذا الاتجاه من بعض فقهاء المذهب الحنفي يميز العقد باعتبار النية، بالقياس على عقد النكاح.

فقد جاء في كتاب جامع الفصولين «قال النسفي: اتفق مشايخ زماننا على صحته بيعاً على ما كان عليه البعض، لأنهما تلفظا بلفظ البيع بلا ذكر شرط فيه، والعبرة للملفوظ دون المقصود، فإن من تزوج امرأة بنية أن يطلقها بعدما جامعها صح العقد، وأقول أن الانتفاع به مقصود، كما أن الاستيثاق به مقصود؛ فلا وجه لجعله رهناً مع رضاه بالانتفاع، فعلى هذا لا يكون رهناً لا لفظاً ولا غرضاً»(٥).

---

(١) رواه الطبراني في الأوسط وغيره. انظر: كشف الخفاء ٢/٥٧.

(٢) تبيين الحقائق، الزيلعي، ٥/١٨٤.

(٣) البحر الرائق، ابن نجيم الحنفي، ٦/٩.

(٤) مشايخ بلخ من الحنفية وما انفردوا به من المسائل الفقهية، د. محمد محروس عبد اللطيف المدرس، ٢/٨١٠.

(٥) جامع الفصولين، ابن قاضي سماوه، ١/٢٣٤.

أما الشافعية فقد أجاز المتأخرون منهم[١] بيع الوفاء، بشرط أن يتفق المتبايعان قبل العقد أن البائع متى أراد رجوع المبيع إليه أتى بمثل الثمن المعقود عليه، وله أن يقيد الرجوع بمدة فليس له الفك – أي الفسخ – إلا بعد مضيها، ثم بعد المواطأة – أي بعد الاتفاق على الشرط – يعقدان عقداً صحيحاً بلا شرط؛ إذ لو وقع شرط العهدة المذكور في صلب العقد أو بعده في زمن الخيار أفسده[٢]، وقد جاء في كتاب الفتاوى الكبرى لابن حجر الهيتمي ما نصه: «هو (أي بيع الوفاء) صحيح معتد به يترتب عليه سائر أحكامه؛ حيث خلا عن شرط فاسد كتأقيت وتعليق وشرط ينافي مقتضاه؛ كأن تكون الأجرة مثلاً لغير المشتري ونحو ذلك، ولا عبرة بما يسبق العقد من تواطؤ على ما لو وقع في العقد لأفسده ، هذا هو مذهبنا، ولا تغتر بما قد أطاله في ذلك بعض علماء اليمن مما يخالف ما قررناه، وينحو في أكثره نحو غير مذهبنا»[٣].

والذي يبدو من كلامه أن بيع العهدة الذي كان معروفاً بمكة وغيرها إنما كان يتقدمه الاتفاق من المتعاقدين على شرط الاسترداد، ثم يعقدان العقد خالياً من ذلك الشرط، لذا قال إنه بيع صحيح، وهذا راجع إلى ما هو مقرر في مذهب الشافعية من أن الشروط السابقة على العقد أو الواقعة بعد لزومه لا اعتبار لها، ولا تأثير لها في العقد بأي حال من الأحوال، وإنما المعتبر منها ما يذكر في صلب العقد أو قبل أن يكون لازماً[٤].

وممن رجح صحة بيع الوفاء ابن قيم الجوزية من متأخري فقهاء الحنابلة؛ فقد يحصل أن يتفق المتعاقدان – أي الراهن والمرتهن – على جعل العقد بينهما شراء إذا لم يرد الثمن في الوقت المتفق عليه؛ فيكون المرهون مبيعاً، وهو باطل عند بعض الحنابلة من حيث تعليق البيع على الشرط، وحرام من حيث إنه كذب وأكل مال بالباطل، وقد ردَّ ابن قيم الجوزية على هذا الافتراض بأنه لا تناقض في هذا الاتفاق، وأن الراهن والمرتهن قد اتفقا على أنه رهن ثم كتبا تواطئاً أنه عقد بيع

---

(١) وممن أجاز هذا العقد ابن حجر الهيتمي وباعلوي من متأخري فقهاء الشافعية .

(٢) بغية المسترشدين، عبدالرحمن بن محمد بن حسين بن عمر المشهور بباعلوي، ص ١٤٩ .

(٣) الفتاوى الكبرى الفقهية ، ابن حجر الهيتمي، ٢ / ٢٣٠ .

(٤) نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، د. زكي الدين شعبان، ص ١٥٢ .

في الحال وتواطئاً على أنه رهن، فهو شراء في الكتابة، رهن في الباطن، والعقد إذا وقع على جهة الشرط فليس بكذب، وليس في الأدلة الشرعية ولا القواعد الفقهية ما يمنع تعليق البيع بالشرط، والحق جوازه، فإن المسلمين على شروطهم إلا شرطا أحل حراماً أو حرم حلالاً، وهذا لم يتضمن واحداً من الأمرين، فالصواب جواز هذا العقد(١)، ويشير ابن قيم الجوزية في كتابه إعلام الموقعين أنه إذا باع رجل عبده، وكان غرضه أن لا يكون إلا عنده أو عند بائعه؛ فإن الحيلة في ذلك أن يشهد عليه أنه إن باعه فهو أحق به بالثمن، وهذا العقد على قول المانعين باطل؛ لأن الشرط يخالف مقتضى العقد، إلا أنه يرى أن هذا الشرط إذا كان يخالف مقتضى العقد المطلق إلا أنه لا يخالف مقتضى العقد المقيد، أي المقيد بالشرط مع تحديد المدة فيه، بل هو من مقتضاه، لذا فإن الراجح صحة البيع والشرط(٢).

ذهب جمهور الجعفرية إلى صحة بيع الوفاء، والذي يسمى عندهم ببيع الخيار أو بيع الشرط(٣)؛ وقد اجمعوا أن البائع إذا اشترط لنفسه ارتجاع الثمن فى مدة معينة وقبل المشتري؛ صح البيع والشرط، وقد استدل الجعفرية لصحة هذا العقد بالحجج الآتية :

أولاً: ما روى عن الرسول ﷺ أنه قال: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراما أو حرم حلالاً»(٤)، ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن بيع الوفاء لم يتضمن شرطاً يخالف الحديث الشريف، حيث أن شرط الاسترداد لا يحل حراماً ولا يحرم الحلال، فهو شرط صحيح.

ثانياً: مارواه الإمامية عن الإمام الصادق(٥) «أن رجلاً احتاج إلى بيع داره، فمشى إلى أخيه، وقال له: أبيعك داري هذه، على أن تشترط لي إذا جئتك بثمنها إلى سنة تردّها عليّ؟

---

(١) بدائع الفوائد، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الدمشقي المعروف بابن قيم الجوزية، ٤/٩٥، ٩٦.

(٢) إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية، ٣/٤٠٧ .

(٣) تحرير المجلة، محمد حسين آل كاشف الغطاء، ١/١٢٦ .

(٤) سبق تخريجه.

(٥) هو الإمام أبو عبد الله جعفر الصادق بن محمد الباقر، أحد أعلام آل البيت، وإليه تنسب الإمامية الاثنا عشرية، ولهذا يسمون بالجعفرية نسبةً إليه.

قال الإمام الصادق : لا بأس بهذا، إن جاء بثمنها ردّها عليه . قال السائل : فإن كان فيها غلة كثيرة فلمن تكون الغلة؟ قال الإمام الصادق : للمشتري، ألا ترى لو احترقت لكانت من ماله؟ »[١] .

ووجه الاستدلال بهذه الرواية أن هذا العقد صحيح، والشرط صحيح أيضاً، بدليل أن نماء المبيع من لحظة إبرام العقد إلى زمان الفسخ كلها تكون للمشتري، ونماء الثمن تكون للبائع[٢]، كما أن تلف المبيع خلال فترة الاسترداد يكون من ذمة المشتري لأنه المالك للمبيع[٣]، وفى رواية أخرى : « أن رجلاً سأل الإمام الصادق عن هذا العقد؟ فقال : أرى أن المبيع لك إن لم يردّ المال، وإن جاء به للوقت فرده عليه . وإذا رد الثمن فى المدة المعينة فهل ينفسخ البيع تلقائياً، أو أن العقد لا يفسخ بمجرد رد الثمن، بل لا بد أن يتعقبه الفسخ من البائع؛ بحيث إذا لم يفسخ بعد رد الثمن يكون البيع لازماً بانقضاء المدة، ويكون الثمن أمانة فى يد المشتري؟ ذهب الجمهور إلى الثاني وأنه لا بد من الفسخ مع رد الثمن، ولا تأثير لأحدهما دون الآخر، لأن المبيع انتقل إلى المشتري بسبب شرعي وهو البيع، فلا ينتقل عنه إلا بسبب شرعي، وهو هنا الفسخ »[٤] .

والمستفاد من هذه الرواية، أن عقد بيع الوفاء باعتباره عقد بيع صحيح معلق على شرط فاسخ، لا يمنع انتقال الملكية من البائع إلى المشتري، شأنه فى ذلك شأن خيار الشرط فى المذهب الجعفري، بخلاف الأمر في المذاهب الإسلامية الأخرى، حيث إن خيار الشرط يمنع من نشوء الالتزامات فى ذمة الطرف الذي اشترط الخيار لمصلحته[٥] .

وخلاصة الأمر أن بعض الحنفية وبعض الشافعية يجيزون العقد على أن يكون خالياً من الشرط الذي يتم الاتفاق عليه سلفاً، أما الجعفرية وابن قيم الجوزية فيجيزون العقد والشرط معاً .

(١) فقه الإمام جعفر الصادق، محمد جواد مغنية، ٣/١٦٢ .

(٢) منهاج الصالحين، السيد محسن الطباطبائي الحكيم، ١/٢٣ .

(٣) جامع الأحكام الشرعية، السيد عبد الأعلى الموسوي السبزواري، ص ٢٢٠ .

(٤) فقه الإمام جعفر الصادق، محمد جواد مغنية، ٣/١٦٣ .

(٥) شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة (عقد البيع)، د. حسن علي الذنون، ص ٤٩ .

المطلب الثاني

بيع الوفاء بوصفه بيعاً صحيحاً في القانون

ذهب كل من القانون المدني الفرنسي وقانون الموجبات والعقود اللبناني إلى تكييف بيع الوفاء باعتباره عقد بيع صحيح معلق على شرط فاسخ هو شرط الاسترداد[١]، وبالتالي يكون حكم هذا العقد هو حكم سائر العقود المعلقة على شرط فاسخ[٢]، فإذا لم يستعمل البائع حقه في الاسترداد، وينفذ التزاماته برد الثمن والمصاريف في الميعاد المتفق عليه، يعتبر الشرط متخلفاً، وتتوطد ملكية المشتري للمبيع نهائياً.

أما إذا نفذ البائع التزاماته برد الثمن والمصاريف في الوقت المحدد؛ انفسخ العقد، وعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرامه، فيعود المبيع إلى البائع وكأنه لم يخرج من ملكه نهائياً، ويعتبر المشتري أنه لم يملك المبيع قطّ، ومن ثم لا تنفذ التصرفات التي أجراها المشتري على المبيع خلال فترة الاسترداد نظراً لتحقق الشرط الفاسخ[٣].

ومما تجدر الإشاره إليه، أن البائع لا يسترد المبيع بعقد جديد، وإنما هو يستعمل حقه المثبت له في العقد ، فيكون فسخ العقد نتيجة حتمية لاستعمال البائع حقه في الاسترداد، واستعمال هذا الحق يفسخ العقد القائم والمعلق على شرط فاسخ، أي أن استرداد المبيع يكون أثراً من آثار تحقق الشرط الفاسخ وبأثر رجعي ، وبذلك يعاد الطرفان إلى الحالة السابقة على إبرام العقد، فهناك إذن استرداد اتفاقي نتيجة زوال العقد بأثر رجعي[٤].

والعقد لا يعتبر بيعاً وفائياً إلا إذا اقترن بالشرط الوفائي، أي بالاتفاق على شرط الاسترداد. وذلك لأن بيع الوفاء بيع معلق على شرط فاسخ . فالشروط الفاسخة يجب اشتراطها في نفس العقود المعلق فسخها عليها ، وإلا انعقدت غير موصوفة[٥].

---

(١) شرح عقد البيع، د. عباس الصراف، ص ٦٩٣ .

(٢) ويعرف الشرط الفاسخ بأنه أمر مستقبل غير محقق الوقوع، يعلق عليه زوال الالتزام. للمزيد من التفصيل انظر: الموجز في شرح القانون المدني – أحكام الالتزام، د . عبدالمجيد الحكيم، ٢/١٢٩ وما بعدها .

(٣) شرح القانون المدني، عقود البيع والحوالة والمقايضة، الأستاذ أحمد نجيب الهلالي و د. حامد زكي، ص٤٨٤ .

(٤) الوجيز في عقد البيع، د. توفيق حسن فرج، ص٥٩٣ .

(٥) شرح القانون المدني في العقود، الأستاذ أحمد نجيب الهلالي، ١/٥١٦ .

والتساؤل الذي يطرح نفسه في هذا المجال، هل ينبغي إيراد شرط الاسترداد في ذات عقد بيع الوفاء ، أم يمكن ذكره في ورقة مستقلة ؟

اختلف فقهاء القانون في هذه المسألة، حيث ذهب شراح القانون المدني المصري إلى أنه لا يشترط ذكر شرط الاسترداد في ذات عقد بيع الوفاء، وإنما يكفي توافر المعاصرة الذهنية في الاتفاق على العقد والشرط معاً، حتى لو ورد هذا الشرط في ورقة مستقلة وهي تسمى (ورقة الضد) ، طالما أن الاتفاق على البيع قد انعقد منذ البداية مقترناً بهذا الشرط[١] .

وسبب وجهة نظرهم هذه تعود إلى سلطة المحكمة في استنباط القرائن المختلفة التي يعوّل عليها لبيان حقيقة العقد الموصوف بأنه عقد بيع الوفاء، وهل إنه المقصود به البيع فعلاً أم إنه المقصود به عقد الرهن الحيازي .

في حين ذهب شراح القانون المدني اللبناني، إلى وجوب ذكر شرط الاسترداد في نفس عقد البيع ، وسندهم في ذلك نص المادة (٤٧٣) من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، حيث نصت الفقرة الاولى منها على « أن البيع مع اشتراط حق الاسترداد أو البيع الوفائي، هو الذي يلتزم فيه المشتري بعد البيع التام أن يعيد المبيع إلى البائع مقابل رد الثمن »[٢] .

فهذا النص صريح في وجوب ذكر شرط الاسترداد في نفس عقد بيع الوفاء، وحكمة هذا النص أن الاتفاق الذي يحصل بعد انعقاد البيع يعد عقداً جديداً يترتب عليه بيع جديد . أما اشتراط حق الاسترداد في نفس العقد فإنه يزيل أحكامه بمجرد تحقق الشرط[٣] .

ويترتب على ذلك أنه إذا اتفق البائع مع المشتري بعد إبرام البيع على هذا الشرط؛ فإن هذا الاتفاق اللاحق لا يجعل العقد الأول المبرم بينهما بيعاً وفائياً، وإنما يعتبر هذا الاتفاق الجديد وعداً بالبيع من جانب المشتري إلى البائع[٤] ، أو هو بمثابة بيع صادر من ذلك المشتري إلى ذلك

---

(١) الوافي في شرح القانون المدني، د. سليمان مرقس، ٣/٤٩٦

(٢) العقود المسماة – شرح عقدي البيع والمقايضة، د. أنور سلطان، ص٣٠٧ .

(٣) شرح البيع في القوانين المصرية والفرنسية وفي الشريعة الإسلامية، محمد حلمي عيسى، ص ٦٢٥ .

(٤) شرح القانون المدني، عقود البيع والحوالة والمقايضة، الأستاذ أحمد نجيب الهلالي و د. حامد زكي، ص٤٩٤؛ الوجيز في عقد البيع، د. توفيق حسن فرج، ص٥٩٢؛ شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، د.محمد كامل مرسي، ٦/٤٢٢؛ شرح قانون الموجبات والعقود، العقود المسماة – البيع، زهدي يكن ، ٧/١٢١ .

البائع تحت شرط واقف على فرض انصراف نية الطرفين إليه، وبالتالي فإن استعمال البائع حقه في استرداد المبيع في هذه الحالة لا تمتد آثاره إلى وقت انعقاد البيع الأصلي، ولا إلى وقت استعمال هذا الحق، بل إلى وقت إبرام الاتفاق اللاحق[١].

ومن ثم فإن هذا الاتفاق لا يأخذ حكم الشرط الفاسخ ولا يكون له أي أثر رجعي، وعدم ذكر شرط الاسترداد في ذات العقد يؤدي إلى نفاذ جميع الحقوق التي يرتبها المشتري للغير على المبيع خلال فترة الاسترداد في مواجهة البائع[٢].

في حين أن ورود الشرط في العقد ذاته له أهمية من حيث إمكان معرفة الغير، حيث يجعلهم في تعاملهم على بينة من أن حق المشتري معلق على شرط فاسخ، فيعلمون مسبقاً ما يمكن أن يتم بالنسبة للمبيع من أثر رجعي في حالة تحقق الشرط[٣].

ومن المسائل المهمة التي يجب أن نوليها عناية خاصة هي تحديد طبيعة حق البائع خلال فترة الاسترداد، وهل هو حق شخصي[٤] أم أنه حق عيني[٥]؟ اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة حق البائع خلال فترة الاسترداد، وظهر في هذا الشأن رأيان أساسيان هما:

الرأي الأول: ذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بأن البائع قبل الاسترداد يعتبر مالكاً تحت شرط واقف، أي أن حقه في هذه الفترة هو حق عيني معلق على شرط واقف، لأنه متى ملك شخص شيئاً ملكية معلقة على شرط فاسخ؛ وجب أن يكون هناك مالك آخر حقه معلق على شرط واقف؛ لأن تحقق شرط الاسترداد من شأنه أن يعيد الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، فيعتبر بذلك أن المبيع لم يخرج نهائياً من ملك البائع[٦].

---

(١) الوافي في شرح القانون المدني، د. سليمان مرقس، ٣/٤٩٦ .

(٢) العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، د. أنور سلطان، ص ٣٠٨ .

(٣) الوجيز في عقد البيع، د. توفيق حسن فرج، ص ٥٩٢ .

(٤) الحق الشخصي هو: رابطة بين شخصين يلتزم بمقتضاها أحدهما بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو نقل حق عيني للطرف الآخر.

(٥) الحق العيني هو: سلطة لشخص على عين معينة بالذات.

(٦) شرح قانون الموجبات والعقود – العقود المسماة (البيع)، زهدي يكن، ٧/١٢٧ .

ويستنبط من ذلك أن الملكية تكون كلها للمشتري إذا لم يتم الشرط، وتكون بأكملها للبائع إذا تم وحصل الاسترداد، وهذه النتيجة هي من مستلزمات الشرط الفاسخ[١].

وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى ثلاث حجج؛ وهي نص المادة (١٦٦٤) من القانون المدني الفرنسي[٢]، فهذا النص يخوّل البائع وفاء الحق بإقامة دعوى الاسترداد على المشتري الثاني، وهذا لا يمكن أن يتم إلا إذا كان حقه حقاً عينياً. والحجة الثانية: هي نص المادة (١٦٧٣) من القانون نفسه[٣]، وهذا النص يجيز للبائع أن يأخذ المبيع خالياً من كل حق أو رهن أنشأه عليه المشتري[٤].

وأهم حجة استندوا إليها هي، في حالة اعتبار حق البائع خلال فترة الاسترداد حقاً شخصياً، وتحقق الشرط الفاسخ ، وزالت الملكية عن المشتري بأثر رجعي، لوجب اعتبار المبيع سائباً وغير مملوك لأحد في الفترة بين العقد والاسترداد، أي كان مالاً مباحاً، وهو ما لم يقصده أحد[٥].

ويترتب على تكييف حق البائع بأنه حق عيني معلق على شرط واقف، أنه يجوز للبائع أن يتصرف بالمبيع التصرفات كافة، فله أن يرتب حقوقاً عينية عليه؛ إذ يستطيع أن يبيع أو يقايض أو يرهن أو يمنح حق ارتفاق، وتكون كل هذه التصرفات معلقة على الشرط الواقف المعلق عليه عقد البيع، وتزول كلها إذا لم يحصل الاسترداد في الوقت المحدد له[٦].

وإذا سعى المشتري إلى تخليص المبيع من الرهون التي رتبها البائع على المبيع فيكون تخليصها في فائدته وحده ، فإذا عاد الملك للبائع زال أثر التطهير؛ لأن ملكية المشتري زالت بسبب تحقق

(١) شرح البيع في القوانين المصرية والفرنسية وفي الشريعة الإسلامية، محمد حلمي عيسى، ص ٦٤١ .

(٢) نصت المادة (١٦٦٤) من القانون المدني الفرنسي على أن « للبائع بيع وفاء أن يطلب الاسترداد ممن انتقل إليه المبيع، ولو لم يشترط الاسترداد في عقد الانتقال ».

(٣) حيث نصت المادة (١٦٧٣) من القانون المدني الفرنسي في فقرتها الثانية على أنه « ٢- للبائع عند الاسترداد أن يأخذ المبيع خالياً من كل حق أو رهن وضعه عليه المشتري ».

(٤) شرح قانون الموجبات والعقود – العقود المسماة (البيع)، زهدي يكن، ٧ / ١٢٩ .

(٥) شرح القانون المدني في العقود، الأستاذ أحمد نجيب الهلالي، ١ / ٥٢٤، ٥٢٥ .

(٦) شرح البيع في القوانين المصرية والفرنسية وفي الشريعة الإسلامية، محمد حلمي عيسى، ص ٦٤٢ .

الشرط الفاسخ ، وتعتبر الرهونات باقية على ملك البائع، إذ المفروض – وحسب هذا الرأي – أن ملكية البائع لم تزل بعد أن تحقق الشرط[١] .

الرأي الثاني : ذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بأن حق البائع قبل الاسترداد هو حق شخصي؛ لأنه بمجرد إبرام عقد بيع الوفاء فإن الملكية تنتقل بكلياتها وجزئياتها إلى المشتري بحيث لا يبقى للبائع أي حق عيني على المبيع، والبائع لم يحتفظ لنفسه في العقد إلا بحق الاسترداد، فهو دائن بالنسبة لهذا الحق لا مالك له، وهذا هو رأي الفقيه « بوتيه »، وقد كان الرأي السائد من قبل في القانون الروماني[٢] .

واستند أنصار هذا الرأي إلى نص المادة (١٦٦٧) من القانون المدني الفرنسي، حيث نصت على أنه « إذا كان المبيع بيع وفاء حصة شائعة في عقار، واشترى مشتريها الحصة الباقية من مالكها بعد طلب هذا المالك مقاسمته، فللمشتري المذكور عند مطالبة بائعه الأول باسترداد الحصة المبيعة بيع وفاء أن يلزمه بأخذ العين بتمامها » . ووجه استنادهم لهذا النص أن القانون لم يوجب على الشريك المقاسم رفع دعوى القسمة إلا على المشتري وحده، ولو كان المشرع يَعُدّ البائع مالكا تحت شرط واقف لأوجب إدخاله في دعوى القسمة[٣] .

ويترتب على اعتبار حق البائع قبل الاسترداد حقاً شخصياً عدة نتائج أهمها : أن البائع لا يملك بيع المبيع وفاء لا بيعاً تاماً ولا بيعاً معلقاً على شرط الاسترداد، وإذا باعه كان بيعاً لملك الغير؛ لأنه صدر من غير المالك، ويمكن أن يفسر عمله على أنه حوالة حق، فالبيع الصادر من البائع قبل استرداد المبيع يعني تنازله عن حق الاسترداد (أي حوالة حق)، وللمتنازل إليه أن يطلب الاسترداد لمصلحته من المشتري، ويحتج بهذا التنازل على الغير متى كان ثابتاً بوجه رسمي[٤] .

---

(١) شرح قانون الموجبات والعقود – العقود المسماة (البيع)، زهدي يكن، ٧ / ١٣٠ .

(٢) وبهذا الرأي يأخذ الكثير من فقهاء القانون الحديث منهم بلانيول وريبير وكولان وكابيتان من فقهاء القانون المدني الفرنسي . للمزيد من التفصيل انظر: العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، د. أنور سلطان، ص ٣١١ .

(٣) شرح القانون المدني – عقود البيع والحوالة والمقايضة، الأستاذ أحمد نجيب الهلالي وآخرون، ص ٥١٥ .

(٤) شرح قانون الموجبات والعقود – العقود المسماة (البيع)، زهدي يكن، ٧ / ١٢٨ .

كما أنه ليس للبائع أن يرهن المبيع أو يرتب عليه أي حق عيني أصلي أو تبعي؛ لأنه ليس بمالك، فإن رتب شيئاً من هذه الحقوق على المبيع فإنها لا تكون نافذة في مواجهة المشتري والغير[١].

ويجوز للمشتري أن يطهر المبيع من الحقوق العينية التبعية التي رتبها البائع على المبيع (أي على فرض أن البائع قد رتب هذه الحقوق العينية التبعية قبل التصرف به بالبيع إلى المشتري) ، فيكون لهذا التخليص أثر نهائي حتى بعد الاسترداد؛ لأن الرهن إذا انقضى فإنه ينقضي بصفة نهائية تجاه جميع الدائنين، ويترتب على ذلك أنه إذا تنازل البائع بعد تخليص المبيع من الرهن المثقل به عن حقه في الاسترداد مقابل مبلغ من النقود؛ فلا يكون هذا المبلغ من حق الدائنين المرتهنين الذين لم يكفهم ثمن المبيع للوفاء بديونهم فقط، بل يكون من حق جميع الدائنين، ويوزع بينهم قسمة غرماء[٢].

وبعد الانتهاء من بيان الاختلافات الفقهية التي قيلت في تحديد طبيعة حق البائع خلال فترة الاسترداد ، نرجح الرأي القائل بأن حق البائع حق شخصي، فهو الأقرب إلى الدقة والإتقان من الرأي القائل بأن حق البائع خلال هذه الفترة حق عيني، ولتوضيح هذا الترجيح نسوق الأدلة الآتية:

أولاً: إن القول بأن حق البائع خلال فترة الاسترداد هو حق عيني معلق على شرط واقف، محل نظر، لأن معناه أن ملكية المبيع لم تنتقل من البائع إلى المشتري، في حين أن الشرط الواقف هو الذي يُعَلَّق عليه نشوء العقد أو الالتزامات المتولدة عنه[٣]، بحيث إذا تحقق الشرط ترتبت عليه آثار العقد بالنسبة إلى كل من طرفيه [٤]، وليس الأمر كذلك في حالة بيع الوفاء؛ لأن أهم أثر يترتب على هذا العقد هو انتقال ملكية المبيع من البائع إلى المشتري، فحق المشتري إذن حق

(١) العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، د. أنور سلطان، ص ٣١٢ .

(٢) شرح البيع في القوانين المصرية والفرنسية وفي الشريعة الإسلامية، محمد حلمي عيسى، ص ٦٤٠ ، ٦٤١ .

(٣) دروس في النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، عبد الودود يحيى، ص ٩٦ .

(٤) الموجز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، د. عبد المجيد الحكيم ، ٢ / ١٤١-١٤٤ .

موجود ومؤكد ونافذ، ولكنه مهدد بخطر الزوال بسبب وجود الشرط الفاسخ. بالإضافة إلى الآثار الأخرى المترتبة على العقد من تسليم المبيع ودفع الثمن وغيرها بالنسبة إلى كل من طرفي العقد.

ثانياً: إن القول بأن حق البائع حق عيني معلق على شرط واقف، يعني أنه في حالة تخلف الشرط وعدم تحققه فإن عقد بيع الوفاء لم ينعقد أصلاً، وهذا غير متصور هنا. إضافة لما تقدم، فإن تحديد نوعية الحق له أثر كبير في تحديد تبعة الهلاك بالنسبة للمبيع، إذ يترتب على وجهة النظر السابقة أن هلاك المبيع خلال فترة الاسترداد يكون من ذمة البائع؛ لأن الشرط الواقف لا يسمح بانتقال الملكية إلا بعد تحققه، في حين أن تبعة هلاك المبيع خلال فترة الاسترداد تكون من ذمة المشتري لا من ذمة البائع، لا على أساس انتقال حيازة المبيع من البائع إلى المشتري، وإنما على أساس أن حق المشتري على المبيع هو حق عيني أصلي يتمثل بحق الملكية.

ثالثاً: إن القول «بأنه متى ما ملك شخص شيئاً ملكية معلقة على شرط فاسخ؛ وجب أن يكون هناك مالك آخر حقه معلق على شرط واقف»؛ لا يتسم بالدقة القانونية المطلوبة؛ لأن الأخذ بهذا التكييف يستلزم تحديد نوع حق البائع هل هو حق ملكية، أم أنه حق انتفاع، أم ماذا؟ والسبب في ذلك يعود إلى نص المادة (٦٨) من القانون المدني العراقي(١) حيث حددت الحقوق العينية الأصلية والتبعية على سبيل الحصر. وإذا انسجمنا مع الرأي السابق، كان معنى ذلك أن المبيع خلال فترة الاسترداد يكون مملوكاً لشخصين وهما البائع والمشتري، أي أن كلاً منهما يكون له حق على المبيع هو حق عيني أصلي يتمثل بحق الملكية، وهذا لا يمكن الأخذ به وفق أحكام القانون المدني العراق، فالحقوق العينية الأصلية من نفس النوع لا يمكن أن تكون على نفس المبيع أو الشيء إلا في حالة واحدة هي حالة الشيوع. ولكن من الممكن أن تكون

(١) حيث نصت المادة (٦٨) من القانون المدني العراقي على أنه «١- الحقوق العينية الأصلية هي حق الملكية وحق التصرف وحق العقر وحقوق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساطحة وحقوق الارتفاق وحق الوقف وحق الإجارة الطويلة. ٢- الحقوق العينية التبعية هي حق الرهن التأميني وحق الرهن الحيازي وحقوق الامتياز».

الحقوق العينية الأصلية متقابلة على نفس الشيء بدرجات مختلفة، كأن يكون المبيع مملوكاً لشخص ولشخص آخر على ذات المبيع حق انتفاع أو ارتفاق، أي يترتب على الرأي السابق أن يكون المبيع وفاءً شائعاً بين البائع والمشتري، وهو ما لا يمكن التسليم به بأي حال من الأحوال.

رابعاً: أما ما استند إليه البعض من أنه «إذا لم نأخذ بهذا الرأي صرنا إلى إشكال لا حل له. وتفصيل ذلك أن البائع إذا استرد المبيع زال ملك المشتري عنه من يوم العقد. وهذا مسلم به لأنه من مستلزمات الشرط الفاسخ، فإذا أنكرنا في الوقت نفسه أن البائع كان مالكاً تحت شرط واقف؛ لزم من ذلك أن المبيع كان سائباً في الفترة بين العقد والاسترداد، أي غير مملوك لأحد»[١]. إن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به على إطلاقه؛ لأن أهم أثر يترتب على عقد البيع في حالة إبرامه، وأيّاً كانت نوعية عقد البيع، هو لا يتعدى انتقال الملكية بين المتعاقدين بالنسبة إلى كل من المبيع والثمن، وهذا هو شأن بيع الوفاء، والمبيع لا يكون سائباً في الفترة بين العقد والاسترداد، وإنما يكون مملوكاً للمشتري، بدليل أن الشرط الفاسخ لا يمنع من انتقال ملكية المبيع، هذا من جانب، ومن جانب آخر: إن تبعة هلاك المبيع خلال فترة الاسترداد تكون على المشتري بدلالة نص المادة (٤٨٤) من قانون العقود والموجبات اللبناني «المشتري مسؤول من جهة أخرى عما يصيب المبيع من الضرر أو الهلاك بفعله أو بخطئه أو بخطأ الأشخاص الذين يكون مسؤولاً عنهم ....».

خامساً: أما النصوص القانونية التي استند إليها أصحاب الرأي القائل بأن حق البائع خلال فترة الاسترداد حق عيني معلق على شرط واقف، وهي نصوص المادتين (١٦٦٤، ١٦٧٣) من القانون المدني الفرنسي ، والتي تقابل نصوص المادتين (٤٨٥،٤٨٢) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والتي تخوّل البائع عند استعمال حق الاسترداد في استرداد المبيع من تحت يد المشتري الثاني، وتجيز للبائع أن يأخذ المبيع خالياً من كل حق أو رهن رتّبه عليه المشتري، فهي حجج دقيقة وصحيحة من الناحية القانونية، إذ إن تطبيق نصوص هذه المواد لا يمكن أن يفسر حق البائع إلا على أساس أنه حق عيني، ولكن متى يكون حق البائع حقاً عينياً؟

(١) شرح القانون المدني في العقود، الأستاذ أحمد نجيب الهلالي، ١ / ٥٢٥،٥٢٤ .

إن حق البائع طيلة فترة الاسترداد يكون حقاً شخصياً، ولكنه يتحول إلى حق عيني عندما يعلن البائع عن رغبته باسترداد المبيع خلال المدة المحددة ، ففي هذه اللحظة يكون حق البائع حقاً عينياً، وبالتالي فإنه يخوّله استرداد المبيع من تحت يد المشتري الثاني؛ لأن من أهم خصائص الحق العيني أنه يخوّل صاحبه التتبع، كما أنه من مستلزمات الشرط في حالة تحققه، كما هو الحال بالنسبة لشرط الاسترداد، إذ يستند أثره إلى الوقت الذي تم فيه العقد، فمن باب أولى أن تزول جميع الحقوق التي رتبها المشتري للغير على المبيع .

وخلاصة ما تقدم: أن حق البائع خلال فترة الاسترداد يكون حقاً شخصياً، ولكنه يتحول إلى حق عيني عندما يعلن البائع عن رغبته في الاسترداد .

المبحث الرابع

التكييف الراجح لبيع الوفاء

في المباحث السابقة تناولنا التكييفات التشريعية والفقهية المختلفة لبيع الوفاء ، فكان المبحث الأول بوصفه عقد رهن حيازي، وفي المبحث الثاني بوصفه عقداً باطلاً، وفي المبحث الثالث بوصفه عقد بيع صحيح معلق على شرط فاسخ، ونبحث هنا في التكييف الراجح لهذا العقد من بين الاتجاهات التشريعية والفقهية السابقة وفي مطلبين، المطلب الأول لبيان التكييف الراجح في الفقه الإسلامي، والمطلب الثاني لبيان التكييف الراجح للعقد في القانون.

المطلب الأول

التكييف الراجح لبيع الوفاء في الفقه الإسلامي

تبين من خلال عرضنا السابق أن المذاهب الإسلامية ذهبت مذاهب متعددة لبيان حقيقة عقد بيع الوفاء ، وظهر في المذهب الواحد آراء متعددة ، واستند كل رأي من هذه الآراء إلى ثلة من الحجج عليه، من خلال هذا المطلب سنناقش الحجج الرئيسة التي استند إليها كل رأي، ونبدأ أولاً بالاتجاه الفقهي الذي يرى أن بيع الوفاء هو رهن حيازي.

فهذا التكييف الفقهي للعقد يشتمل على اتجاهين أساسيين؛ **الأول**: يمثل جانباً من الفقه الحنفي، وهذا الأخير بدوره يشتمل على ثلاثة آراء، فقد استند أنصار الرأي الأول إلى حجتين: الأولى: إنه لما اشترط عليه أخذ المبيع عند قضاء الدين؛ فإنه يكون بمعنى الرهن؛ لأنه هو الذي يؤخذ عند قضاء الدين، وهذه الحجة لا تصلح سبباً بذاتها لإعطاء هذا العقد وصف الرهن، فأخذ البائع للمبيع لا على أساس أنه قضى الدين، وإنما على أساس أنه استعمل حقاً مقرراً له في العقد بموجب الشرط، وهو الحق في استرداد المبيع عند رد الثمن، فالأثر المترتب على وجود شرط الاسترداد هو أخذ المبيع ورد الثمن، ومن ثم لا يمكن إعطاء هذا العقد وصف الرهن.

أما الثانية، وهي قاعدة «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني»: إن نطاق العمل بهذه القاعدة واسع وشامل، إلا أنه لا مجال للعمل بها في حالة بيع الوفاء، وذلك لسببين: الأول: أن هذه القاعدة الكلية تنطوي على مفهوم نظرية تحول العقد، وهذه النظرية لا يمكن تطبيقها إلا في حالة بطلان التصرف الأصلي، وليس هذا شأن بيع الوفاء، فالعقد مستوفٍ أركانه وشروطه كافة، كما أن المتعاقدين يقصدون بيع الوفاء الحقيقي وليس الرهن. الثاني: ما يعزز حقيقة عقد بيع الوفاء هو القاعدة الكلية القاضية بأنه «لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح»[1]، وتعني هذه القاعدة أن التعبير الصريح أقوى من التعبير الضمني، فإذا وجد تعبيران أحدهما صريح والآخر ضمني؛ فالعبرة للتعبير الصريح؛ لأنه أقوى من التعبير الضمني[2]، والمتعاقدون قد استعملوا صراحة لفظ البيع، لذا فإنه لا وجه لحمل العقد على كونه عقد رهن.

أما ما استند إليه أنصار الرأي الثاني والثالث من كونه عقداً جديداً مركباً من ثلاثة عقود، وهي عقد الرهن والعقد الفاسد وعقد البيع الصحيح، فهو أمر غير معهود في الشرع، وقياسه على عقد الهبة بشرط العوض أو الهبة في حال المرض قياس مع الفارق، فعقد الهبة من العقود التبرعية، فالواهب يعطي للموهوب له المال دون عوض، وإذا كان هناك عوض فهو يشكل جزءاً

(١) نصت على هذه القاعدة المادة (١٥٧) من القانون المدني العراقي.

(٢) مصادر الالتزام «شرح مقارن على النصوص». فريد فتيان، ص ١٨٩، ١٩٠.

ضئيلاً من القيمة الكلية للمال الموهوب، في حين أن عقد بيع الوفاء يعد من عقود المعاوضة؛ إذ إن كل متعاقد يأخذ مقابلاً لما يعطي وشتان ما بين الاثنين.

أما الاتجاه الثاني: فهو يمثل جانباً من الفقه المالكي، حيث كيف أصحاب هذا الرأي بيع الوفاء بكونه عقد رهن باطل، لأنه سلف جر نفعاً، وحجتهم في ذلك ماروي عن الرسول ﷺ أنه قال: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ماليس عندك»(١).

ومعنى قوله: «لا يحل سلف وبيع» مثال ذلك: قوله: بعتك هذا العبد بألف على أن تسلفني ألفاً، فالعقد هذا منهي عنه، والثانية قوله: «ولا شرطان في بيع» مثاله: أن يقول: بعتك هذا الثوب نقداً بدينار ونسيئةً بدينارين، وهو كالبيعتين في بيعة(٢).

إن وجه الاستدلال بهذا الحديث لا يمكن أن يتفق مع حقيقة هذا العقد، وذلك لسببين: الأول: أن القول بأن هذا العقد بيع وسلف لا ينسجم مع طبيعة بيع الوفاء؛ لأنه بيع منذ البداية وليس قرضاً. الثاني: أن المبلغ المدفوع من المشتري إلى البائع يعد ثمناً وليس قرضاً، وبالتالي فإنه تجري فيه أحكام الثمن، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فإن العين تكون مضمونة على المشتري، فإذا هلكت فإنها تهلك من ذمة المشتري؛ لأنه مالك للمبيع، فأين هذه الأسباب من كونه رهناً باطلاً؟

أما عن الاتجاه الثاني الذي يرى بطلان عقد بيع الوفاء، فيلاحظ أن الفقهاء المسلمين اختلفوا في بيان أساس البطلان، حيث يرى البعض من فقهاء الحنفية بطلان هذا العقد قياساً على بيع الهازل(٣)، وهو قياس مع الفارق؛ وذلك لأن الهازل لم يقصد من كلامه عقد البيع، بخلاف بيع الوفاء فإن المتعاقدين قصدا البيع وآثاره؛ فلا وجه للتشابه بينهما.

(١) سُنن النسائي، ٧/ ٢٥٩.

(٢) نيل المرام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، محمد بن ياسين بن عبد الله، ٤/ ٢٣، ٢٤.

(٣) بيع الهازل: وهو البيع الذي يتكلم فيه الهازل لا على إرادة الحقيقة. للمزيد من التفصيل انظر: الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ٩/ ٦٣.

أما ما ذهب إليه البعض الآخر من فقهاء الحنفية أنه بيع فاسد قياساً على بيع المكره، فيلاحظ على هذا الرأي أنهم جعلوه فاسداً باعتبار شرط القدرة على الفسخ، في حين أن العقد الفاسد هو ما يكون مشروعاً بأصله دون وصفه، وليس هذا هو حال بيع الوفاء، فالعقد مستجمع كل أركانه وشروطه، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن قياسه على بيع المكره[١] قياس مردود، ذلك أن الإكراه يعد عيباً من عيوب الإرادة، فيجعل العقد موقوفاً، بخلاف الأمر بالنسبة للمتعاقدين في بيع الوفاء فإنهم راضون بالعقد متفقون عليه.

وذهب أنصار الرأي الثالث في المذهب الحنفي إلى تكييف بيع الوفاء على أساس كونه بيعاً فاسداً مستندين في ذلك إلى ما روي عن الرسول ﷺ أنه «نهى عن بيع وشرط»[٢]، وعلى أساس وجود الشرط الوفائي في العقد، ويمكن مناقشة هذا الرأي من خلال ما يأتي:

أولاً: إن هذا الحديث ضعّفه علماء الحديث، فقد روى عبد الحق في أحكامه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط»، قال ابن عرفة: «لا أعرفه إلا من طريق عبد الحق»[٣]. وممن ضعف هذا الحديث الإمام أحمد بن حنبل حيث قال: «إنما النهي عن شرطين في بيع، أما الشرط الواحد فلا بأس به»[٤].

ثانياً: لا يوجد في الأدلة الشرعية ولا في القواعد الفقهية ما يمنع تعليق البيع على شرط، فقد ورد في السنة النبوية ما يفيد جواز ذلك، وهي حادثة جابر بن عبد الله «حيث اشترى منه الرسول عليه الصلاة والسلام بعيراً، واشترط جابر عليه ظهره إلى المدينة»[٥].

---

(١) المراد ببيع المكره: حمل البائع أي إجباره بغير اختياره على البيع، إذ الإكراه في اللغة معناه حمل الإنسان على شيء يكرهه. الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ٩/٦٣.

(٢) (قليوبي وعميرة) حاشيتا الإمامين شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة على شرح العلامة جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، ٢/١٧٧.

(٣) مواهب الجليل، الحطاب، ٤/٣٧٣.

(٤) المغني ويليه الشرح الكبير، ابن قدامة، ٤/٢١٠.

(٥) السراج الوهاج في كشف مطالب صحيح مسلم بن الحجاج، صديق بن حسن خان الحسيني القنوجي البخاري، ٦/٧٤-٧٨.

ثالثاً: أما عن كون الشرط الوفائي يخالف مقتضى العقد، فإن هذا الشرط إذا كان يخالف مقتضى العقد المطلق، إلا أنه لا يخالف مقتضى العقد المقيد، فالأصل أن العقد تترتب عليه جميع أحكامه وآثاره بمجرد انعقاده، إلا أنه ليس هناك ما يمنع أن يكون العقد مقترناً بشرط مقيد يقيد بعض آثاره، فقد روى عمر بن شبة في أخبار عثمان رضي الله عنه «أنه اشترى من صهيب داراً، وشرط أن يقفها (أي وقف) على صهيب وذريته من بعده»، ودليل ذلك أن الملك يستفاد به تصرفات متنوعة، فكما أجاز الإجماع استثناء بعض المبيع، جوز الإمام أحمد وغيره استثناء بعض منافعه، وجوز أيضاً استثناء بعض التصرفات(١).

أما عن موقف البعض من فقهاء المالكية في كون العقد يتردد بين البيع والسلف؛ فهذا الموقف لا يتفق وحقيقة التكييف في كون العقد لا يأخذ إلا وصفاً واحداً منذ البداية؛ فهو إما بيع وإما قرض، ولا يمكن أن يتردد بين وصفين، وليس هذا هو شأن بيع الوفاء فهو عقد بيع معلق على شرط فاسخ منذ البداية. في حين نجد أن الشافعية قرروا بطلان العقد؛ لكونه ينطوي على شرط يخالف مقتضاه، وهو ثبوت الملك المطلق، كما أنه يؤدي إلى الربا المحرم شرعاً. ونجد أن الحنابلة قرروا بطلان العقد لسبب أساسي، وهو أنه يوصل إلى الربا، وهذا واضح من خلال قولهم: «.... ينتفع به المشتري بالإجارة والسكنى ونحو ذلك هو عقد باطل بكل حال، ومقصودهم إنما هو الربا بإعطاء الدراهم إلى أجل، ومنفعة الدار هي الربح...»(٢).

من خلال ما تقدم: يلاحظ أنه يكاد أن ينعقد إجماع الفقهاء المسلمين القائلين ببطلان بيع الوفاء على سبب رئيسي، وهو أنه يؤدي إلى منفعة المشتري بالعين مقابل فوائد الثمن، مما يؤدي إلى التحايل على الأحكام الشرعية الخاصة بتحريم الربا، ولكن يسعفنا في هذه المسألة ماروي عن الرسول عليه الصلاة والسلام أنه قال: «الخراج بالضمان»(٣)، والذي يعتبر قاعدة من القواعد الكلية في الفقه الإسلامي، وسبب هذا الحديث هو أن رجلاً ابتاع عبداً فأقام عنده ماشاء الله أن

(١) الفتاوى الكبرى، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم المعروف بابن تيمية، ٣/٤٧٦.
(٢) الفروع، المقدسي، ٢/٥٨.
(٣) سنن النسائي، ٧/٢٥٤،٢٥٥.

يقيم، ثم وجد فيه عيباً فخاصمه إلى النبي عليه الصلاة والسلام، فرده عليه، فقال الرجل: يا رسول الله قد استعمل غلامي، فقال النبي: «الخراج بالضمان»[١].

ووجه الاستدلال بهذا الحديث الشريف أن النبي ﷺ جعل منافع الشيء مضمونة على المنتفع، إذ إنه لو هلك العبد قبل أن يرده بالعيب لكان الهلاك من ذمة المشتري؛ لأنه هو المالك للعبد، وكذلك الأمر في عقد بيع الوفاء فلا وجود لشبهة الربا بأي حال من الأحوال، وذلك لسببين: الأول: أن عقد بيع الوفاء عند إبرامه تنتقل الملكية فيه من البائع إلى المشتري. الثاني: أن انتفاع المشتري بالمبيع خلال المدة المتفق عليها هو انتفاع مضمون؛ فلو هلك المبيع قبل أن يستعمل البائع حقه في الاسترداد لهلك من ذمة المشتري؛ فأين شبهة الربا من هذا الأمر؟

وقد يبدو للبعض أن انتفاع المشتري بالمبيع وفاء يدخل في باب الربا المحرم شرعاً، ولكن هذا غير متحقق في حالة بيع الوفاء لسببين أيضاً: أولهما: أن المشتري إذا كان ينتفع بالمبيع؛ فإن البائع في نفس الوقت ينتفع بالثمن وبدون فوائد. ثانيهما: أن هلاك أو تعيّب المبيع خلال فترة الاسترداد يكون من ذمة المشتري ،أي أن منافع المبيع مضمونة على المشتري.

أما عن موقف الفقه الجعفري ، فيلاحظ أنهم اعتبروه عقد بيع صحيح على أساس أنه صورة من صور خيار الشرط، والسؤال الذي يفرض نفسه في هذا المجال هل أن خيار الشرط في الفقه الجعفري يتفق مع التكييف الذي يرى أن بيع الوفاء بيع صحيح معلق على شرط فاسخ في فقه القانون المدني الوضعي؟

إن لعلماء الجعفرية رأياً يتفق مع المنطق السليم ومع آراء فقهاء القانون المدني الوضعي، لا سيما القانون المدني العراقي ، فخيار الشرط في المذهب الجعفري لا يمنع من انتقال الملكية ونشوء الالتزام، بل إن أثره يقتصر على زوال حق الملكية وزوال الالتزامات كافة، في حالة تحقق الشرط من يوم تحققه لا من يوم انعقاد العقد، فيكون نماء المبيع في هذه المدة إلى المشتري، ونماء الثمن فيها إلى البائع، أي أن أصحاب هذا المذهب لا يأخذون بفكرة الأثر الرجعي للشرط[٢].

(١) الأشباه والنظائر، زين العابدين بن إبراهيم ابن نجيم الحنفي، ص ١٥١ .

(٢) تحرير المجلة، محمد حسين آل كاشف الغطاء، ٢ / ٣٢؛ شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة (عقد البيع)، د. حسن علي الذنون، ص ٥٠ .

في حين نجد أن فقهاء المذهب الجعفري ذهبوا إلى صحة هذا العقد باعتباره صورة لخيار الشرط عندهم، فهذا الأمر الأخير بدوره ينطوي على خصوصية اتفقت ومفهوم الشرط الفاسخ في القانون المدني العراقي .

من خلال ما تقدم: تبين لنا أن تكييف بيع الوفاء بكونه عقد رهن أو عقداً باطلاً في الفقه الإسلامي لا يتفق وحقيقة هذا العقد في كونه بيعاً صحيحاً، وأنه جائز من باب الاستحسان اعتباراً للعرف ولحاجة الناس، وفي هذا يذكر ابن نجيم الحنفي أنهم قالوا: «إن بيع الوفاء صحيح لحاجة الناس إليه فراراً من الربا، وما ضاق على الناس أمر إلاّ واتسع حكمه»(١) .

ويمكن ترجيح صحة هذا العقد انطلاقاً من بعض القواعد الكلية الفقهية المعروفة في الفقه الإسلامي منها قاعدة «أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة»(٢)، وقاعدة «المشقة تجلب التيسير»(٣)، وتعني هذه القاعدة بأن العسر أو المشقة هي سبب التسهيل في تشريع الأحكام، ومصدر هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿**يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ**﴾(٤)، ومن الجدير بالذكر أن قاعدة «المشقة تجلب التيسير» متفقة في مضمونها ومغزاها مع قاعدة «إذا ضاق الأمر اتسع»(٥)، فانطلاقاً من كل هذه القواعد فإنه يمكننا ترجيح صحة عقد بيع الوفاء.

بالتالي فإن من تتبع مصادر الشريعة يؤمن إيماناً لا يشوبه ريب بأن كل ما يوافق أهداف الإنسان وأغراضه، ولا يتعارض مع مبدأ الشريعة، فهو جائز عقداً كان أو شرطاً أو غيرهما، وهذه قاعدة شرعية عامة تصلح معياراً كلياً لمعرفة الأحكام الشرعية، وحل المعضلات في ضوئها.

---

(١) البحر الرائق، ابن نجيم، ٦/ ٩ .

(٢) الأشباه والنظائر، ابن نجيم، ص ٩٢؛ المادة (٣٢) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) الأشباه والنظائر، ابن نجيم، ص ٧٥؛ المادة (١٧) من مجلة الأحكام العدلية.

(٤) البقرة، الآية ١٨٥ .

(٥) الأشباه والنظائر، ابن نجيم، ص ٨٤ .

المطلب الثاني

التكييف الراجح لبيع الوفاء في القانون

إن بيع الوفاء والرهن عمليتان قانونيتان متميزتان، وهذا العقد أقرب ما يكون إلى عقد الرهن الحيازي، إلى حد أن المتعاملين به يقولون عنه بأنه رهن حيازي، وإذا كان بيع الوفاء يشبه عقد الرهن بشكل كبير؛ إلا أن هذا التشابه لا يصل حد التطابق بين العقدين؛ حيث تبدو أوجه الاختلاف بينهما ظاهرة للعيان من عدة جوانب، وكما يأتي :

الاتجاه الأول:

أولاً: من حيث نوعية الحق المتولد عن العقدين ، فبيع الوفاء يخوّل المشتري على المبيع حقاً عينياً أصلياً هو حق الملكية ، في حين أن عقد الرهن الحيازي يخوّل المرتهن على المرهون حقاً عينياً تبعياً هو حق الرهن الحيازي(١) . ويترتب على اختلاف نوعية الحق أن الدائن المرتهن تكون له صفتان : صفة الدائن، وصفة المرتهن، وله حقان : حقه الشخصي في المبلغ وهو الحق الأصلي، وحق عيني تبعي هو حق الرهن الحيازي ، فهو كدائن له حق الضمان العام على جميع أموال مدينه، وكمرتهن له حق الضمان الخاص وهو حق الرهن الحيازي، والذي يخوّله ثلاثة مزايا، وهي الحبس والتقدم والتتبع(٢) .

إضافة إلى ما تقدم فإنه يكون للمشتري في بيع الوفاء أن يتصرف بالمبيع أنواع التصرفات كافة باعتباره مالكاً له، غاية ما في الأمر أن المبيع ينتقل إلى الغير مثقلاً بنفس الوصف، أي تنتقل الملكية للغير معلقة على شرط فاسخ هو شرط الاسترداد، في حين أن الدائن المرتهن لا يستطيع أن يتصرف بالشيء بالبيع أو الإيجار، أو أن يرتب حقوقاً عينية عليه، إلا بالاتفاق مع المدين الراهن(٣) . وكل ذلك يعود إلى نوعية الحق المتولد عن العقد، والذي يكون متوقفاً أصلاً على التكييف الصحيح له .

---

(١) محاضرات في القانون المدني اللبناني (النظام العقاري في لبنان)، أميل أتيان، ص ٥٧ .

(٢) الحقوق العينية (الحقوق العينية الأصلية – الحقوق العينية التبعية)، محمد طه البشير وآخرون، ص ٥٢٦ .

(٣) العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، د. أنور سلطان، ص ٣٠٩ ؛ وانظر: نص المادة (١٣٣٩) من القانون المدني العراقي.

ثانياً: في بيع الوفاء يحصل البائع على مبلغ يزيد كثيراً على المبلغ الذي يحصل عليه فيما لو رهن هذا المبيع رهناً حيازياً، ذلك أن المرتهن في عقد الرهن الحيازي يراعي في تقدير القيمة الكلية للمرهون ما تستلزمه إجراءات التنفيذ من المصاريف في حالة الرهن الحيازي، في حين أن المشتري في بيع الوفاء يدفع مبلغاً أكثر من المبلغ المدفوع في حالة الرهن؛ لأنه يأخذ بعين الاعتبار احتمال عجز البائع عن استعمال حقه في استرداد المبيع ، ومن ثم يتمكن المشتري من تملك المبيع بالثمن المدفوع إلى البائع دون اتباع أية إجراءات لغرض التملك[١].

ومن نتيجة تكييف بيع الوفاء بوصفه عقد رهن حيازي أنه يؤدي إلى انعدام ركن كامل في عقد بيع الوفاء وهو ركن الثمن ، فعقد البيع بوجه عام يقوم على أساس وجود ثلاثة أركان وهي الرضا والمحل والسبب ، ولعقد البيع محلان هما المبيع والثمن[٢]، ومن ثم فإن انعدام ركن كامل في العقد يترتب عليه أن يكون العقد (أي بيع الوفاء) عقداً باطلاً، هذا من جانب .

ومن جانب آخر: فإن كون الثمن[٣] لا يتناسب مع القيمة الكلية للمبيع فإن هذه الحجة لا تصلح بحد ذاتها أن تكون سبباً كافياً لإعطاء هذا العقد وصف الرهن الحيازي ، ذلك أن الثمن بوصفه ركناً في عقد البيع يشترط فيه توافر ثلاثة شروط أساسية ، وهي أن يكون مبلغاً من النقود، وأن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير، وأن يكون جدياً[٤]، والذي يهمنا من هذه الشروط كون الثمن جدياً، ويقصد به اتجاه إرادة الطرفين إلى إلزام المشتري بأن يدفعه فعلاً باعتباره مقابلاً حقيقياً لا رمزياً للمبيع[٥]، إذ يترتب على كون الثمن غير جدي أن عقد البيع لا ينعقد لانعدام ركن فيه ، والسؤال الذي يفرض نفسه ، ما مدى علاقة جدية الثمن بتكييف بيع الوفاء؟

---

(١) شرح البيع في القوانين المصرية والفرنسية وفي الشريعة الإسلامية، محمد حلمي عيسى، ص ٦١٨ .

(٢) شرح القانون المدني في العقود، أحمد نجيب الهلالي،١ /٤٤ .

(٣) ويعرف الثمن بأنه مبلغ من النقود يلتزم المشتري بدفعه إلى البائع في مقابل نقل ملكية المبيع إليه. للمزيد من التفصيل انظر: الوجيز في شرح العقود المسماة، د. سعدون العامري ، ، ١ /٧٩ .

(٤) عقد البيع في القانون المدني، د. عبدالمنعم البدراوي، ص ١٩٢ .

(٥) الوافي في شرح القانون المدني، د. سليمان مرقس، ٣ /١٧٣ .

إن العلاقة بينهما واضحة من خلال انعدام جدية الثمن وباعتباره ركناً كاملاً في العقد مما يترتب عليه عدم قيام بيع الوفاء، فالثمن له ثلاث صور: فهو إما أن يكون ثمناً صورياً، ويقصد به الثمن الذي يذكر في العقد لمجرد استيفاء العقد مظهره الخارجي، لا بقصد المطالبة به كلاً أو بعضاً[١]. وإما أن يكون ثمناً تافهاً، وهو مبلغ من النقود يصل من التفاهة في عدم تناسبه مع قيمة المبيع إلى حد يبعث على الاعتقاد بأن البائع لم يتعاقد للحصول على مثل هذا المقدار التافه من الثمن، وإن كان قد حصل عليه فعلاً[٢].

أما الثمن البخس فهو الذي يقل كثيراً عن القيمة الكلية للمبيع، ولكن انصرفت إرادة البائع إلى قبضه فعلاً[٣]، ويجب عدم الخلط بين الثمن الصوري والتافه وبين الثمن البخس، فالنوعان الأولان لم تنصرف نية البائع إلى اقتضائهما من المشتري، مما يترتب عليه بطلان العقد لانعدام ركن فيه، أما في حالة الثمن البخس فإن عقد البيع ينعقد به[٤]، وهذا هو حال بيع الوفاء، فالثمن فيه لا يتعادل مع القيمة الكلية للمبيع إلا أنه ينطوي تحت درجة الثمن البخس الذي ينعقد به العقد. والسؤال الذي يعتمل في الذهن، لماذا لا يتناسب الثمن المدفوع في عقد بيع الوفاء مع القيمة الكلية للمبيع في هذا العقد؟

إن عقد بيع الوفاء ينطوي على شرط هو شرط الاسترداد، وهذا الشرط يعطي للبائع حقاً في مواجهة المشتري في بحر مدة الاسترداد، وهذا الحق لا بد أن يكون له مقابل، والمقابل يتمثل بدفع ثمن يقل عن الثمن الذي يدفع عن نفس المبيع فيما لوكان العقد خالياً من الشرط. وهو بهذا الاعتبار يتفق تماماً مع البيع بالتقسيط، فالأجل في هذا النوع من البيوع يكون له قسط من الثمن، وهذا هو شأن بيع الوفاء، فحق الاسترداد يكون له مقابل من القيمة الحقيقية من المبيع، وبالتالي، فإن عدم التعادل ما بين القيمة الحقيقية للمبيع والثمن المدفوع، لا تنهض سبباً لاعتبار بيع الوفاء عقد رهن حيازي.

---

(١) الوجيز في العقود المدنية، البيع-الإيجار-المقاولة، د. جعفر الفضلي، ص ٧١.

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبدالرزاق السنهوري، ٤/ ٣٨٦، ٣٨٧.

(٣) الوجيز في شرح العقود المسماة (البيع والإيجار)، د. سعدون العامري، ١/ ٩٠.

(٤) شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة (عقد البيع)، د. حسن علي الذنون، ص ١٠٧.

ثالثاً : إن تكييف بيع الوفاء بكونه عقد رهن حيازي لا يمكن أن يستقيم مع حقيقة جوهرية في العقد، وهي تحديد تبعة هلاك المبيع، من المعلوم أن عقد البيع ينقل الملكية من البائع إلى المشتري، في حين أن عقد الرهن الحيازي لا ينقل الملكية، وإنما ينقل فقط الحيازة المادية للشيء من الراهن إلى المرتهن، باعتبار القبض ركناً في العقد. ويترتب على ذلك أن يد المرتهن على المرهون تكون يد أمانة لا تضمن إلا بالتعدي أو التقصير[١]، في حين أن بيع الوفاء تكون تبعة الهلاك فيه على المشتري لأنه مالك له[٢]. لكن ما هو المعيار الذي يمكن من خلاله تحديد تبعة الهلاك؟ لقد حددت هذا المعيار المادة (٤٢٧) من القانون المدني العراقي حيث نصت في فقرتها الأولى على أن «١- تكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه، وتكون يد أمانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك»، فهذا النص واضح الدلالة في أن نية التملك المقرونة بالحيازة هي المعيار الأساسي في تحديد تبعة الهلاك، فالمرتهن يحوز المرهون باعتباره مجرد نائب عن المالك في الحيازة المادية للشيء، وباعتباره صاحب حق عيني تبعي هو حق الرهن الحيازي، وبالتالي فإن يده تكون على المرهون يد أمانة[٣]، وهذا ما أكدته أيضاً المادة (١٣٣٦) من القانون المدني العراقي، حيث نصت الفقرة الأولى منها على أنه «إذا هلك المرهون رهناً حيازياً أو تعيب قضاءً وقدراً؛ كان هلاكه أو تعيبه على الراهن». فيا ترى هل تكون يد المشتري في حالة بيع الوفاء يد أمانة؟

إن يد المشتري في حالة بيع الوفاء لا يمكن أن توصف بأنها يد أمانة أو يد ضمان، والسبب أن يد المشتري على المبيع هي يد الملك[٤]. فإذا هلك المبيع في بحر مدة الاسترداد فإنه يهلك من ذمة المشتري، لا من منطلق أنه حائز للمبيع بنية التملك، وإنما تُبنى تبعة الهلاك على أساس أن بيع الوفاء ناقل للملكية أي ملكية البدلين (المبيع والثمن) من البائع إلى المشتري، فكيف يفسر تكييف بيع الوفاء بكونه عقد رهن حيازي، وتبعة هلاك المبيع تكون من ذمة المشتري؟

---

(١) انظر: نص المادة (٤٢٧) والمادة (١٣٣٦) من القانون المدني العراقي.

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبدالرزاق السنهوري، ٤/١٤٨.

(٣) انظر: الأمانة في المعاملات المالية، دراسة في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، د. ليلى عبد الله سعيد، ص١٧.

(٤) انظر: المرجع السابق، ص٢.

رابعاً: إن المشتري في بيع الوفاء لا يسأل عن ثمار المبيع إلا من اليوم الذي يعلن فيه البائع عن رغبته في استرداد المبيع أو في حالة رد الثمن ، في حين أن المرتهن في الرهن الحيازي يكون مسؤولاً عن الثمار المستوفاة منذ أن يتسلم المرهون[١]. وفي هذا الصدد يقرر المشرع العراقي إجراء مقاصة قانونية بين انتفاع المرتهن بالمرهون وبين الفوائد المستحقة من الثمن والمصاريف وغيرها[٢].

خامساً: فإن سريان ميعاد الاسترداد في حق البائع، عند عدم استعمال حقه في الاسترداد، لا يمكن تصوره إلا إذا كان بيع الوفاء عقد بيع صحيح معلق على شرط فاسخ ، وهو ما لا يمكن تصوره في التكييف الذي يرى أن العقد هو رهن حيازي[٣]، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فإن استعمال حق الاسترداد يكون متوقفاً على إرادة البائع لا المشتري ، في حين أن بيع المرهون في الرهن الحيازي يكون متوقفاً على أمرين: أولهما: حلول أجل الدين المضمون في الرهن الحيازي. ثانيهما: طلب المرتهن اتخاذ الإجراءات القانونية للتنفيذ على المرهون، ففي بيع الوفاء البائع هو الذي يستعمل حق الاسترداد ، في حين أنه في الرهن الحيازي المرتهن هو الذي يتقدم بطلب التنفيذ ، وما أبعد الاختلاف بينهما .

الاتجاه الثاني:

أما عن الاتجاه التشريعي الآخر الذي يرى أن بيع الوفاء بيع باطل، وهو موقف القانون المدني المصري والقانون المدني السوري ، فيلاحظ أن لكل منهما ظروفه وأسبابه، فالمشرع المصري كان موقفه متذبذباً بين مجيز ومبطل لهذا العقد نظراً للمشاكل العديدة التي واجهها من خلال التطبيق العملي ، الأمر الذي دفعه إلى تقرير بطلان عقد بيع الوفاء ، وإبطال التصرفات القانونية أمر غير محمود في التقنينات المدنية الوضعية ، إذ إن هذه التقنينات المدنية الحديثة تتجه نحو تقليص دائرة البطلان الى أضيق حد ممكن ، فالعقد الباطل يمكن أن تترتب عليه آثار مختلفة منها أصلية ومنها عرضية ، فالآثار الأصلية يرتبها القانون على العقد الباطل رغم أنه منعدم

(١) التأمينات العينية – دراسة تحليلية مقارنة لأحكام الرهن والتأمين والامتياز، حسين عبداللطيف حمدان، ص٥٧؛ العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، د. أنور سلطان، ص ٣١٠ .

(٢) للمزيد من التفصيل راجع نص المادة (١٣٤٠) من القانون المدني العراقي.

(٣) شرح قانون الموجبات والعقود المسماة (البيع)، زهدي يكن، ٧ /١١٧ .

أصلاً، انطلاقاً من مبدأ حماية الوضع الظاهر واستقرار المعاملات، مثال ذلك: الوارث الظاهر، أما الآثار العرضية فهي تترتب على العقد الباطل، لا باعتباره تصرفاً قانونياً، وإنما باعتباره واقعة مادية، يرتب عليها القانون بعض الآثار العرضية(١).

ومن هذه الآثار العرضية نظرية تحول العقد، وقد يثار التساؤل حول مدى إمكانية تطبيق هذه النظرية على عقد بيع الوفاء الباطل في كلا القانونين المدنيين المصري والسوري؟

إن قوام هذه النظرية هو أن العقد الباطل قد يتضمن على الرغم من بطلانه عناصر عقد آخر، يتم التحول إليه إذا توافرت عناصره، وانصرفت نية المتعاقدين إلى قبوله، لو أنهما تبينا بطلان العقد الأصلي(٢). إن هذا الأثر يترتب بصورة عرضية على العقد الباطل؛ لأن المتعاقدين لم يقصدا بصفه أساسية التصرف الذي توافرت أركانه، وإن كانت إرادتاهما المحتملتان تتجهان إليه لو علما ما في التصرف الأصلي من عيوب(٣)، مثال ذلك: أن الكمبيالة التي لم تستوف شروطها وبخاصة ما تعلق منها بالشكل؛ تبطل باعتبارها كمبيالة، إلا أنها تتحول إلى سند عادي بالدين متى توافرت شروطه(٤).

وقد عرّف فقهاء الشريعة الإسلامية نظرية تحول العقد ونظرية انتقاض العقد، فالفقيه ابن رجب الحنبلي يقرر في قواعده أنه إذا أعاره شيئاً واشترط عليه العوض؛ صح وانقلب العقد إلى قرض فيملكه بالقبض، وإذا أجره الأرض بثلث ما يخرج منها؛ كان إجارة باطلة، وتحول العقد إلى مزارعة(٥)، ويشترط لقيام هذه النظرية توافر الشروط التالية:

١- بطلان العقد الأصلي.(٦)

---

(١) الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، ١/ ١٢٤.

(٢) الوجيز في النظرية العامة للالتزام، د. غني حسون طه، ١/ ١٩٤.

(٣) النظرية العامة للالتزام، د. توفيق حسن فرج، ١/ ٢٦١.

(٤) الوجيز في مبادئ الالتزام، د. رمضان أبو السعود، ص٣١٧.

(٥) القواعد في الفقه الإسلامي، الحافظ عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، القاعدة رقم(٣٨)، ص٥٠.

(٦) تحول العقد في ضوء متطلبات التحول الاشتراكي، د. صاحب عبيد عبد الزهرة الفتلاوي، ص٣٨ وما بعدها.

٢- أن يتضمن العقد الباطل عناصر العقد الصحيح.[١]

٣- انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى العقد الصحيح.[٢]

علماً أنه ينبغي أن يأخذ بعين الاعتبار الوسيلة القانونية المستعملة لغرض إجراء التحول القانوني، فإذا كان القانون يحرم فقط الوسيلة التي اختارها المتعاقدان لتحقيق غاية مشروعة في ذاتها، فليس هناك ما يمنع التحول؛ لأن الغاية مشروعة، ويمكن تحقيقها عن طريق وسيلة أخرى مشروعة، أما إذا كانت الغاية غير مشروعة؛ فإن التحول يكون ممتنعاً بأية وسيلة[٣].

وعليه فإن تطبيق نظرية التحول القانوني على عقد بيع الوفاء في كلا القانونين المدنيين المصري والسوري يكون ممكناً؛ لأن البطلان المقرر هنا هو بطلان مطلق، فضلاً عن توافر شروط نظرية التحول .

أما عن المآخذ التي تؤخذ على بيع الوفاء ، والتي من أهمها أن المشتري يمتلك العين المبيعة بثمن يكون أقل من الثمن الذي يباع به الشيء عادة بيعاً باتاً ، فهذا ليس بالأمر الغريب، ذلك أن الشرط يكون له قسط من الثمن في العقد ، فعلى سبيل المثال: إن بيع العقارات السكنية والتي يشترط فيها البائع على المشتري البقاء في العقار المبيع لمدة سنة مثلا بعد البيع؛ فبقاء البائع في العقار هذه المدة لا يكون على سبيل الإباحة، وإنما يؤخذ هذا الشرط بعين الاعتبار عند تقدير القيمة الكلية للعقار ، وهذا هو شأن بيع الوفاء حيث إن المشتري يتوقع استرداد المبيع من قبل البائع خلال المدة المتفق عليها، مما يترتب عليه عدم ملكية المشتري للمبيع ، لذا فإنه يراعي في الثمن المدفوع الحق المتولد عن وجود شرط الاسترداد ، فعليه يكون الثمن المدفوع للبائع لا يوازي القيمة الفعلية للمبيع في حالة ما لو تم عقد البيع باتاً، لذا فإن هذه المآخذ على العقد لا تصلح سبباً لإعطاء هذا العقد وصف الرهن الحيازي أو وصف العقد الباطل .

---

(١) الموجز في النظرية العامة للالتزام، د. أنور سلطان، ١/ ١٩٠ .

(٢) الوجيز في مبادئ الالتزام، د. رمضان أبو السعود، ص ٢١٨ .

(٣) تحول التصرف القانوني، د. أحمد يسرى، ص ٢١٦ .

من ناحية أخرى، فإن القول بأن هذا العقد غالباً ما يستخدم كوسيلة للتحايل على بعض القواعد القانونية الآمرة، وهي بطلان شرط امتلاك المرتهن للشيء المرهون إذا لم يف الراهن بالدين، أو كونه وسيلة للتحايل على الأحكام القانونية الخاصة بتحديد الحد الأعلى للفائدة الاتفاقية ، إن الحالة الأولى يمكن معالجتها من خلال الجزاء الذي يقرره القانون في هذا الشأن، وهو ما فعله المشرع المصري تماماً بالنسبة لتعديل سنة ١٩٢٣م، حيث أشار إلى أنه إذا تبين أن بيع الوفاء يخفي رهناً عقارياً؛ فإن العقد يكون باطلاً، سواء باعتباره بيعاً وفائياً أو باعتباره رهناً حيازياً، ومن بعد فإن حق المشتري بدلاً من أن يكون حقاً عينياً أصلياً يتمثل بحق الملكية في بيع الوفاء الحقيقي، أو أن يكون حقاً عينياً تبعياً يتمثل بحق الرهن الحيازي المضمون بعين، يتحول إلى مجرد حق شخصي يتعلق بالذمة المالية للمدين وهو (البائع) .

أما عن الحالة الثانية الخاصة بالفائدة الاتفاقية ، فيستبين أن مجرد اشتراط المشتري على البائع أداء الثمن مع فوائده عند الاسترداد دليل على أن الثمن مجرد قرض، والعين جعلت تأميناً لسداد الدين، والجزاء المناسب في مثل هذه الحالة هو إبطال العقد رداً على القصد السيء للمتعاقدين، ومراعاة لأحكام الشريعة الغراء.

من العرض الآنف الذكر آن لنا أن نقول بأن وصف البيع الصحيح في هذا العقد أبين وأدق من وصف الرهن ، فأوجه التشابه بين بيع الوفاء والرهن الحيازي لا تكون سبباً مقنعاً وكافياً لإعطاء هذا العقد وصف الرهن الحيازي .

وعليه فإن التكييف الدقيق لهذا العقد لا يمكن أن يكون إلا نوعاً من أنواع البيوع الخاصة، مما يعطي الفرصة للاقتراح بإلغاء نص المادة (١٣٣٣) من القانون المدني العراقي، والسعي لصياغة وتنظيم هذا العقد باعتباره عقد بيع صحيح معلق على شرط فاسخ، ووفق التنظيم الذي تم إعداده لهذا العقد في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي لعام ١٩٤٥م.

الخاتـــمة

نسجل في خاتمة هذا البحث جملة من النتائج والتوصيات :

أولاً : النتائج :

١- بيع الوفاء هو عقد بيع يحتفظ فيه البائع لنفسه بالحق في استرداد المبيع خلال مدة معينة مقابل رد أصل الثمن، والمصاريف التي تترتب على البيع، ومصاريف الإصلاحات الضرورية، والمصاريف التي زادت في قيمة المبيع بمقدار الزيادة المذكورة دون المصاريف الكمالية .

٢- كيّف المشرع العراقي بيع الوفاء باعتباره عقد رهن حيازي، خوفاً من انتفاع المشتري بالمبيع، ومن ثم الوقوع في الربا المحرم شرعاً، متأثراً بذلك بالمادة (١١٨) من مجلة الأحكام العدلية، وهي تمثل رأي المتأخرين من فقهاء الحنفية ، فإذا كان المشرع العراقي قد أجاز للدائن المرتهن أن يستولي على غلة العين المرهونة إلا أن هذا الاستيلاء لا يكون مجاناً ، وإنما يكون محسوباً من فوائد الثمن والمصاريف وأصل الدين ، حيث قرر المشرع العراقي إجراء المقاصة القانونية بين هذا الاستيلاء والفوائد وغيرها من المصاريف بموجب المادة (١٣٤٠) من القانون المدني العراقي، وهو بذلك يحاول التوفيق بين قواعد الشريعة الإسلامية والنظريات القانونية الحديثة، وقد أراد أن يكون أميناً على قواعد المذهب الحنفي ، إلا أنه أجاز الربا المحرم شرعاً واعترف به بصفته (فائدة) كما ورد في المواد ١٧١-١٧٦ منه . وكان الأجدر به أن يلغي هذه المواد القانونية المخالفة للشرع الحكيم .

٣- إن بيع الوفاء لا يمكن تكييفه عقد رهن حيازي، فهذا التكييف إذا كان يستقيم مع بيع الوفاء في بعض الجوانب إلا أنه لا يستقيم معه في الجوانب الأخرى، منها أن الحق المتولد عن بيع الوفاء بالنسبة للمشتري هو حق عيني أصلي يتمثل بحق الملكية ، في حين أن الحق المتولد عن عقد الرهن الحيازي هو حق عيني تبعي يتمثل بحق الرهن الحيازي ، وشتان ما بين الاثنين، فالحق الأول يخوّل المشتري عناصر حق الملكية من التصرف والاستعمال والاستغلال كافة، في حين أن

الحق الثاني لا يخوّل المرتهن إلا عنصر الاستعمال والاستغلال، وهو مضمون بإجراء المقاصة بينهما، هذا من جانب. ومن جانب آخر، فإن كون الثمن لا يتناسب مع القيمة الكلية للمبيع لا تكون سبباً بذاتها لإعطاء هذا العقد وصف الرهن الحيازي؛ لأن حق الاسترداد يكون له مقابل من الثمن، شأنه في ذلك شأن البيع بالتقسيط حيث أن الأجل في هذا النوع من البيوع يكون له قسط من الثمن . لذا فإن عدم التعادل ما بين القيمة الحقيقية للمبيع والثمن المدفوع فيه ليس أمراً غريباً .

٤- بيع الوفاء في القانون المدني الفرنسي وقانون الموجبات والعقود اللبناني هو عقد بيع صحيح معلق على شرط فاسخ ، أما في القانون المدني المصري والقانون المدني السوري فهو عقد باطل.

٥- يذكر شرط الاسترداد في نفس عقد بيع الوفاء، حتى يكون معلوماً للغير، إذ لو انعقد بيع الوفاء خالياً من الشرط الوفائي وقع العقد بسيطاً غير موصوف، ولا سبيل لتحويله إلى عقد موصوف بالاتفاق اللاحق على الشرط؛ لأن الاتفاق اللاحق للعقد على الشرط لا يعدو أن يكون وعداً بالبيع .

٦- إن بيع الاستغلال هو صورة خاصة لبيع الوفاء ، وهو عقد يشترط فيه البائع على المشتري أن يؤجر له المبيع وفاء طيلة فترة الاسترداد ، وهذا العقد مركب من عقدين هما بيع الوفاء وعقد إيجار، وهذا العقد - وباعتبار بيع الوفاء عقد بيع صحيح معلق على شرط فاسخ - يعد عقداً صحيحاً، إذ إن الأجرة التي يأخذها المشتري هي بدل منفعة، وليست فوائد عن عقد قرض.

٧- إن حق البائع في بيع الوفاء خلال فترة الاسترداد لا يعدو أن يكون حقاً شخصياً إزاء المشتري، ولكنه يتحول إلى حق عيني عندما يعلن البائع عن رغبته بالاسترداد، وموجهاً بذلك إعذاراً رسمياً إلى المشتري يعلمه فيه برغبته في الاسترداد.

٨- لا وجه لما ذهب إليه البعض من الفقهاء بأن المشتري يملك المبيع ملكية معلقة على شرط فاسخ ، والبائع يملك المبيع ملكية معلقة على شرط واقف ، ذلك أن هذا التحليل يؤدي إلى نشوء حالة الشيوع بالنسبة إلى حق ملكية المبيع وفي حق كلّ من الطرفين، فضلاً عن أن العقد المعلق على شرط واقف هو عقد غير منعقد إلا عند تحقق الشرط الواقف .

٩- إن كثيراً من عقود بيع الوفاء تكون خالصة من شبهة الربا، وتقوم على أساس حاجة الناس في معاملاتهم، فالتحايل في العقود لا يكون مقتصراً على بيع الوفاء، وإنما يمكن أن يكون في أنواع أخرى من العقود.

ثانياً : التوصيات : نقترح على المشرع العراقي التوصيات الآتية آملين الأخذ بها :

١- لأهمية بيع الوفاء في الوقت الحاضر ولحاجة الناس إليه أقترح إلغاء نص المادة (١٣٣٣) من القانون المدني العراقي، والتي اعتبرت بيع الوفاء عقد رهن حيازي، وإحياء المواد (٥٨٥ - ٥٩٥) من مشروع القانون المدني العراقي لعام ١٩٤٥م، والمنظمة لأحكام بيع الوفاء باعتباره عقد بيع صحيح معلق على شرط فاسخ، ويتم تنظيم هذا العقد ضمن أنواع البيوع الخاصة.

٢- تعديل نص المادة (٥٨٦) من المواد الواردة أعلاه، وتحديد مدة الاسترداد بثلاث سنوات بدلاً من خمس سنوات، على غرار قانون الموجبات والعقود اللبناني، إذ إن هذه المدة تنسجم مع أحكام هذا العقد، ولا سيما الاستثناء المتعلق بعقود الإيجار المبرمة بحسن نية من قبل المشتري خلال فترة الاسترداد، كما أن هذه المدة تتفق وأحكام المادة (١٠٥) من القانون المدني العراقي، والتي أشارت إلى أن عقد الإيجار إذا لم تتجاوز مدته ثلاث سنوات فإنه يندرج تحت مفهوم أعمال الإدارة المعتادة.

المصادر باللغة العربية بعد القرآن الكريم

أولاً – كتب الفقه الإسلامي واللغة العربية:

١– أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي (عرض منهجي)، العقود الناقلة للملكية، محمد زكي عبد البر، ج١، الطبعة الأولى، دار الثقافة للطباعة والنشر، قطر، ١٩٨٦م.

٢– الأشباه والنظائر، زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، تعليق عبد العزيز محمد الوكيل، مطابع سجل العرب، مؤسسة الحلبي وشركاؤه للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٦٨م.

٣– إعلام الموقعين عن رب العالمين، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الدمشقي المعروف بابن قيِّم الجوزية، ج٣، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، مصر، ١٩٥٥م.

٤– الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، تعليق محمود أبو دقيقة، ج٢، بلا سنة طبع.

٥– بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ج٢، الناشر مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، ١٩٦٦م.

٦– البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن نجيم الحنفي، ج٦، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، بلا سنة طبع.

٧– بدائع الفوائد، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الدمشقي المعروف بابن قيِّم الجوزية، ج٤، عُني بتصحيحه والتعليق عليه إدارة الطباعة المنيرية، الناشر دار الكتاب العربي، بيروت، بلا سنة طبع.

٨– بغية المسترشدين، عبد الرحمن بن محمد بن حسين بن عمر المشهور باعلوي، مطبعة دار إحياء الكتاب العربي، مصر، بلا سنة طبع.

٩– بيع العهدة بين مؤيديه ومعارضيه، عبد الرحمن عبد الله بكير، الطبعة الأولى، دار الحرية للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٨٢م.

١٠– بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ج٥، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، ١٩٨٢م.

١١- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان بن علي الزيْلعي الحنفي، ج٥، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت، بلا سنة طبع.

١٢- تحرير المجلة، محمد حسين آل كاشف الغطاء، ج١، ج٢، المكتبة المرتضوية ومطبعتها الحيدرية، النجف الأشرف، ١٣٦٠هـ.

١٣- التاج (الجامع للأصول في أحاديث الرسول)، منصور علي ناصف، الطبعة الثالثة، الناشر المكتبة الإسلامية، مطبعة دار إحياء الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٦٢م.

١٤- جامع الأحكام الشرعية، عبد الأعلى الموسوي السبزواري، الطبعة الثالثة، مطبعة الديواني، بغداد، ١٩٩٠م.

١٥- جامع الفصولين، محمود بن إسماعيل الشهير بابن قاضي سماوه الحنفي، ج١، الطبعة الأولى، المطبعة الأزهرية، ١٣٠٠ هـ.

١٦- حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد أمين الشهير بابن عابدين، ج٤، مطبعة عثمانية، بلا سنة طبع.

١٧- دُرَر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، ج ١، تعريب فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا سنة طبع.

١٨- السراج الوهاج من كشف مطالب صحيح مسلم بن الحجاج، أبو الطيب صديق بن خان الحسيني القنوجي البخاري، ج٦، تحقيق عبد الله بن إبراهيم الأنصاري وعبد التواب هيكل، إدارة إحياء التراث الإسلامي، مطابع الدوحة الحديثة، ١٩٨٥م.

١٩- سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، ج٣، دار الحديث، القاهرة، ١٩٨٨م.

٢٠- سنن النسائي، بشرح جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي، المجلد الرابع، ج٧، دار الحديث، القاهرة، ١٩٨٧م.

٢١- شرح المجلة، سليم رستم باز اللبناني، الطبعة الثالثة، المطبعة الأدبية، بيروت، ١٩٢٣م.

٢٢– شرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، ج٢، دار الفكر، القاهرة، بلا سنة طبع.

٢٣– شرح المجلة، منير القاضي، ج١، الطبعة الأولى، القواعد الكلية، البيوع – الإجارة، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٤٩م.

٢٤– صحيح مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، ج١٢، الطبعة الثانية، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، ١٩٧٢م.

٢٥– ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، عدنان خالد التركماني، الطبعة الأولى، دار الشروق، جدة، المملكة العربية السعودية، ١٩٨١م.

٢٦– عقد البيع في الفقه الجعفري، حسين علي الحاج حسن، ج١، الطبعة الأولى، مطبعة دار التضامن، بغداد، ١٩٦٤م.

٢٧– الفتاوى الكبرى، أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم المعروف بابن تيمية، ج٣، قدمه حسين محمد مخلوف، راجعه أسعد سعيد أحمد، مطبعة العاصمة، القاهرة، ١٩٦٦م.

٢٨– الفتاوى الكبرى الفقهية، أحمد شهاب الدين بن محمد بدر الدين بن محمد شمس الدين بن علي نور الدين ابن حجر الهيتمي الشافعي المكي، ج٢، المكتبة الإسلامية، مصر، بلا سنة طبع .

٢٩– فقه الكتاب والسنة، البيوع والمعاملات المالية المعاصرة، محمد يوسف موسى، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، مصر ، ١٩٥٤م.

٣٠– فقه السنة، سيد سابق، المجلد الثالث، ج١١،١٢،١٣،١٤، السلم والحرب –المعاملات، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٣م.

٣١– الفروع، شمس الدين المقدسي: أبو عبد الله محمد بن مفلح، ج٤، الطبعة الثانية، ويليه تصحيح الفروع للإمام علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي ثم الصالحي الحنبلي، راجعه الأستاذ عبد الستار أحمد فرج، دار مصر للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٦٢م.

٣٢– الفتاوى الهندية وبهامشه فتاوى قاضيخان والفتاوى البزازية، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٨٠م.

٣٣- فقه الإمام جعفر الصادق، محمد جواد مغنية، ج٣، الطبعة الأولى، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٦٥م.

٣٤- الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، مصطفى أحمد الزرقاء، ج١، المدخل الفقهي العام، الطبعة التاسعة، مطابع ألف باء الأديب، دمشق، ١٩٦٧-١٩٦٨م.

٣٥- (قليوبي وعميرة) حاشيتا الإمامين الشيخ شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة على شرح العلامة جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للشيخ محيي الدين النووي، جلال الدين المحلي، ج٢، القاهرة، بلا سنة طبع.

٣٦- القواعد في الفقه الإسلامي، الحافظ أبو الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، راجعه وقدم له وعلق عليه طه عبد الرؤوف سعد، الناشر مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ١٩٧٢م.

٣٧- كشف الخفاء ومزيل الإلباس مما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس، إسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي، ج٢، القاهرة، بلا سنة طبع.

٣٨- لسان العرب المحيط، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، إعداد وتصنيف يوسف خياط، (أ - ر)، دار لسان العرب، بيروت، بلا سنة طبع.

٣٩- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالحطاب، ج٤، وبهامشه التاج الإكليل لمختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن يوسف العبدري الشهير بالمواق، مكتبة النجاح للطباعة والنشر، طرابلس، بلا سنة طبع.

٤٠- المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، أحمد أبو الفتح، الطبعة الأولى، مطبعة البسفور، مصر، ١٩١٣م.

٤١- المذاهب الفقهية في الرهن والشفعة ، إبراهيم دسوقي الشهاوي، الطبعة الأولى، شركة الطباعة الفنية المتحدة، القاهرة، ١٩٦٤م.

٤٢- المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة في الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ج٢، الطبعة

الأولى، تحقيق الأستاذ سعيد أحمد إعراب، الشيخ عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٨م.

٤٣- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، أحمد فراج حسين، الطبعة الأولى، الناشر مؤسسة الثقافة الجامعية، مطبعة شركة الطباعة الفنية المتحدة، القاهرة، بلا سنة طبع .

٤٤- مشايخ بلخ من الحنفية وما انفردوا به من المسائل الفقهية، محمد محروس عبد اللطيف المدرس، ج٢، الجمهورية العراقية، وزارة الأوقاف، دار إحياء التراث الإسلامي، ١٩٧٩م.

٤٥- المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، محمد مصطفى الشلبي، الطبعة الثالثة، مطبعة دار التأليف، مصر، ١٩٦٢م.

٤٦- المبسوط، شمس الدين السرخسّي، ج١٣، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، القاهرة، بلا سنة طبع.

٤٧- مختصر أحكام المعاملات الشرعية (العقد)، علي الخفيف، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ١٩٥٤م.

٤٨- المدونة الكبرى، مالك بن أنس، المجلد الرابع، طبعة جديدة بالأوفست، مكتبة المثنى، بغداد، ١٩٧٠م.

٤٩- منهاج الصالحين، محسن الطباطبائي الحكيم، ج١، الطبعة العاشرة، مطبعة النعمان، النجف الأشرف، ١٣٨٠ هـ.

٥٠- مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، دار الرسالة، الكويت، ١٩٨٣م.

٥١- المجموع شرح المهذب، محيي الدين بن شرف النووي، ج٩، الناشر زكريا علي يوسف، مطبعة العاصمة، القاهرة، بلا سنة طبع.

٥٢- المغني، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، ج٣، مطبعة العاصمة، القاهرة، بلا سنة طبع .

٥٣- نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، زكي الدين شعبان، الطبعة الأولى، الناشر دار النهضة العربية، مطبعة دار الاتحاد العربي، القاهرة، ١٩٦٨م.

٥٤- نيل المرام في شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، محمد بن ياسين بن عبد الله، ج٤، الطبعة الأولى، شركة ومعمل مطبعة الزهراء الحديثة، الموصل، ١٩٨٥م.

ثانياً - الكتب القانونية :

١- أصول القانون، سعيد عبد الكريم مبارك، الطبعة الأولى، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٢م.

٢- أحكام قانون الإثبات المدني، عباس العبودي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، مطبعة جامعة الموصل، ١٩٩١م.

٣- أحكام القانون المدني المصري (التأمينات الشخصية والعينية)، عبد الفتاح عبد الباقي، الطبعة الثانية، ١٩٥٤م.

٤- أحكام الالتزام - آثار الحق في القانون المدني الأردني، عبد القادر الفار، كلية الحقوق - الجامعة الأهلية، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥م.

٥- أصول المعاملات، مصطفى الجمال وجلال علي العدوي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، بلا سنة طبع.

٦- البيع في القانونين اللبناني والمصري، مصطفى الجمال، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٦م.

٧- التأمينات العينية - دراسة تحليلية مقارنة لأحكام الرهن والتأمين والامتياز، حسين عبداللطيف حمدان، الطبعة الثانية، مطبعة الأمل، بيروت، ١٩٨٨م.

٨- التأمينات العينية في القانون المدني (الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحيازي - حقوق الامتياز)، خميس خضر، الطبعة الأولى، مطبعة حسان، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، القاهرة، ١٩٨٢م.

٩- التأمينات الشخصية والعينية، سمير عبد السيد تناغو، مطبعة شركة الآت ولوازم المكاتب، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٦م.

١٠- الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، عبد المنعم فرج الصدة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٢م.

١١– الحقوق العينية (الحقوق العينية الأصلية –الحقوق العينية التبعية)، محمد طه البشير وغني حسون طه، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٢م.

١٢– دور المدة في العقود المستمرة، حسن علي الذنون، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٨م.

١٣– دراسات في القانون الروماني، عبد المجيد الحنفاوي، بيروت، ١٩٨٦م.

١٤– دروس في النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، عبد الودود يحيى، مطبعة معهد الادارة العامة، المملكة العربية السعودية، ١٣١٤ هـ.

١٥– شرح القانون المدني المصري، أحمد فتحي زغلول، المطبعة الأميرية، القاهرة، ١٩١٣م.

١٦– شرح القانون المدني في العقود، ج١، البيع والحوالة والمقايضة، أحمد نجيب الهلالي بك، مطبعة الاعتماد، مصر، ١٩٢٤–١٩٢٥ .

١٧– شرح القانون المدني – عقود البيع والحوالة والمقايضة، أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي، الطبعة الثالثة، مطبعة الفجالة الجديدة، القاهرة، ١٩٥٤م.

١٨– شرح قانون الموجبات والعقود – العقود المسماة (البيع)، زهدي يكن، ج٧، الطبعة الأولى، مطابع سميا، بيروت، ١٩٦٧م.

١٩– شرح القانون المدني، المجلد الأول، العقود المسماة، عقد البيع، سليمان مرقس، ج٣، الطبعة الرابعة، مطبعة عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨٠م.

٢٠– شرح القانون المدني الجديد (الحقوق العينية العقارية)، شاكر ناصر حيدر، ج٢، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٣م.

٢١– شريعة حمورابي، عباس العبودي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، مطبعة جامعة الموصل، ١٩٩٠م.

٢٢– شرح عقد البيع، عباس الصراف، الطبعة الأولى، دار البحوث العلمية، الكويت، ١٩٧٥م.

٢٣- شرح أحكام عقد البيع، كمال ثروت الونداوي، الطبعة الأولى، مطبعة دار السلام، بغداد، ١٩٧٣م.

٢٤- شرح البيع في القوانين المصرية والفرنسية وفي الشريعة الإسلامية، محمد حلمي عيسى بك، مطبعة المعارف، مصر، ١٩١٦م.

٢٥- شرح القانون المدني الجديد - الموجز في التأمينات الشخصية والعينية، محمد كامل مرسي باشا، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٤٩م.

٢٦- شرح القانون المدني الجديد - العقود المسماة، محمد كامل مرسي باشا، ج٦، عقد البيع وعقد المقايضة، المطبعة العالمية، مصر، ١٩٥٣م.

٢٧- شرح أحكام عقد البيع، محمد لبيب شنب، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦١م.

٢٨- شرح القانون المدني السوري - العقود المسماة (البيع والمقايضة)، مصطفى أحمد الزرقاء، الطبعة السادسة، مطابع فتى العرب، دمشق، ١٩٦٥م.

٢٩- شرح قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل، ممدوح عبد الكريم حافظ، ج١، الطبعة الأولى، مطبعة الأزهر، بغداد، ١٩٧٣م.

٣٠- شرح القانون المدني العراقي - العقود المسماة (عقد البيع)، حسن علي الذنون، مطبعة الرابطة، بغداد، ١٩٥٣م.

٣١- العقود المسماة - شرح عقدي البيع والمقايضة، أنور سلطان، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٣م.

٣٢- عقد البيع، برهام محمد عطا الله، مؤسسة الثقافة الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٨٣م.

٣٣- العقود الشائعة أو المسماة (عقد البيع)، جاك يوسف الحكيم، مؤسسة خليفة للطباعة والنشر، دمشق، بلا سنة طبع.

٣٤- العقود المدنية الكبيرة - البيع والتأمين والإيجار، خميس خضر، الطبعة الأولى، الناشر دار النهضة العربية، مطبعة العمرانية، القاهرة، ١٩٧٩م.

٣٥- عقد البيع في التقنين المدني الجديد، سليمان مرقس ومحمد علي إمام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٥٥م.

٣٦- عقد البيع في القانون المدني، عبد المنعم البدراوي، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٥٧م.

٣٧- القانون الروماني، صبيح مسكوني، الطبعة الأولى، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٦٨م.

٣٨- القانون المدني وأحكام الالتزام، عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير، ج٢، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٠م.

٣٩- قانون عقد البيع في القانون المدني، محمود جمال الدين زكي، منشورات كلية الحقوق، جامعة الكويت، ١٩٧٤-١٩٧٥م.

٤٠- محاضرات في القانون المدني اللبناني (النظام العقاري في لبنان)، أميل أتيان، جامعة الدول العربية، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٥٥م.

٤١- الموجز في النظرية العامة للالتزام، أنور سلطان، ج١، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٣م.

٤٢- الموجز في شرح القانون المدني - أحكام الالتزام، عبد المجيد الحكيم، ج٢، الطبعة الثالثة، دار الحرية للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٧٧م.

٤٣- مصادر الالتزام (شرح مقارن على النصوص)، فريد فيتان، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٦-١٩٥٧م.

٤٤- موجز في القانون المدني المعمول به في البلاد السورية، محمد سعيد المحاسني، ج٢، مطبعة بابل، دمشق، ١٩٧٣م.

٤٥- النظرية العامة للالتزام، توفيق حسن فرج، ج١، مصادر الالتزام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٨م.

٤٦- النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام - أحكام الالتزام - إثبات الالتزام)، حسن علي الذنون، دار الحرية للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٧٦م.

٤٧- نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد، شمس الدين الوكيل، ج١، الطبعة الأولى، في النظم القانونية للتأمينات العينية (الرهن - الاختصاص - الامتياز)، دار المعارف للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٥٦م.

٤٨- نظرية التأمين العيني في القانون المدني العراقي، عادل سيد فهيم، الطبعة الثانية، مطبعة حداد، البصرة، ١٩٦٩م.

٤٩- الوجيز في عقد البيع، إسماعيل غانم، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٣م.

٥٠- الوجيز في عقد البيع، توفيق حسن فرج، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٨م.

٥١- الوجيز في العقود المدنية (البيع -الإيجار -المقاولة)، جعفر الفضلي، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٧م.

٥٢- الوجيز في مبادئ الالتزام، رمضان أبو السعود، الطبعة الثانية، مطابع سليم، الإسكندرية، ١٩٧٩م.

٥٣- الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، رمضان أبو السعود، ج١، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٦م.

٥٤- الوجيز في شرح العقود المسماة، سعدون العامري، ج١، البيع والإيجار، الطبعة الثانية، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٠م.

٥٥- الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول، العقود المسماة، عقد البيع، سليمان مرقس، ج٣، الطبعة الخامسة، بتنقيح وتعضيد إبراهيم الخليلي، آيرني للطباعة، القاهرة، ١٩٩٠م.

٥٦- الوجيز في الحقوق الأصلية، صلاح الدين عبد اللطبف الناهي، ج١، حق الملكية في ذاته خصائصه وعناصره ونطاقه وقيوده، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٠-١٩٦١م.

٥٧- الوجيز الوافي - مصادر الحقوق الشخصية - مصادر الالتزام (المصادر الارادية)، صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، مطبعة البيت العربي، عمان، ١٩٨٤م.

٥٨- الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، عبدالرزاق أحمد السنهوري، ج١، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٦٤م.

٥٩- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام (الإثبات - آثار الالتزام)، عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج٢، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٦٨م.

٦٠- الوسيط في شرح القانون المدني - العقود التي تقع على الملكية (عقد البيع والمقايضة)، عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج٤، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٦٠م.

٦١- الوسيط في شرح القانون المدني - التأمينات الشخصية والعينية، عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج١٠، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠م.

٦٢- الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري و محمد طه البشير، ج١، مصادر الالتزام، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٠م.

٦٣- الوجيز في شرح قانون الإثبات، عصمت عبد المجيد، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٧م.

٦٤- الوجيز في العقود المسماة - عقد البيع، غني حسون طه، ج١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٦٩- ١٩٧٠م.

٦٥- الوجيز في النظرية العامة للالتزام، غني حسون طه، ج١، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١م.

٦٦- الوجيز في الحقوق العينية التبعية، محمد طه البشير، الطبعة الثالثة، دار الحرية للطباعة والنشر، مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٧٤م.

ثالثاً - الموسوعات والأعمال التحضيرية:

١- الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشائها عام ١٩٣١م، حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني، الإصدار المدني، ج٤، إصدار الدار العربية للموسوعات، القاهرة، ١٩٨٩م.

٢- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض، فتيحة محمود قرة، الدائرة المدنية في خمس سنوات ٧٩-١٩٨٤م، ج١، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٤م.

٣- الموسوعة الفقهية الكويتية، تصدرها وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ج٩، الطبعة الأولى، ١٩٨٥م.

٤- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٤، إصدار وزارة العدل المصرية، القاهرة، بلا سنة طبع.

٥- مشروع القانون المدني العراقي لعام ١٩٤٥م، إصدار وزارة العدلية في الحكومة العراقية، مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٤٧م.

رابعاً - البحوث والتعليقات:

١- العقود والشروط والخيارات، أحمد إبراهيم بك، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، تصدرها كلية الحقوق بجامعة القاهرة، العدد الأول، السنة الرابعة، ١٩٣٤م.

٢- الرهن الوارد على غير الأعيان، حامد حسان حسين، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، تصدرها كلية الحقوق في جامعة القاهرة، في العددين الثالث والرابع، السنة الأربعين، ١٩٧١م.

٣- الشروط الشائعة في المعاملات وأحكامها في الشريعة الإسلامية والقانون، زكي الدين شعبان، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة القاهرة، في العددين الثالث والرابع، السنة الخامسة والعشرين، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٧م.

٤- الأمانة في المعاملات المالية - دراسة في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، ليلى عبد الله سعيد، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدرها كلية القانون في جامعة الموصل، العدد الأول، أيلول، ١٩٩٦م.

٥- حقيقة البيع الوفائي - كصورة من البيوع الموصوفة أم كرهن حيازي، نشوان محمد سليمان الجادجي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كلية القانون في جامعة الموصل، العدد الأول، أيلول، ١٩٩٦م.

خامساً - الرسائل الجامعية:

١- تحول التصرف القانوني، أحمد يسري، رسالة دكتوراه، دراسة مقارنة للمادة (١٤٤) من القانون المدني المصري على أساس المادة (١٤٠) من القانون المدني الألماني، مطبعة الرسالة، مصر، ١٩٥٨م.

٢– خيار الشرط في الفقه الإسلامي (المذهب الحنفي)، شفيق أيوب، رسالة دكتوراه، جامعة الدول العربية – معهد الدراسات العربية العالية ، القاهرة، ١٩٦١م.

٣– تحول العقد في ضوء متطلبات التحول الاشتراكي،صاحب عبيد عبد الزهرة الفتلاوي، رسالة دكتوراه، قدمت إلى كلية القانون – جامعة بغداد، ١٩٨٦م.

٤– الرهن في الشريعة الإسلامية والقانون المدني العراقي – بحث مقارن، فرج توفيق الوليد، رسالة ماجستير، قدمت إلى كلية الشريعة جامعة بغداد، مطبعة القضاء، ١٩٧٣م.

سادساً – دوريات ومجموعات قضائية:

١– مجلة القضاء، تصدرها نقابة المحامين في العراق، العدد الرابع، في السنة الحادية والعشرين، ١٩٦٦م.

٢– النشرة القضائية، يصدرها المكتب الفني في محكمة تمييز العراق، العدد الرابع، السنة الرابعة، مطبعة الإدارة المحلية، بغداد، ١٩٧٣م.

سابعاً – القوانين:

١– القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤م.

٢– التقنين المدني الأهلي المصري الملغي لسنة ١٨٨٣م.

٣– التقنين المدني المختلط المصري الملغي لسنة ١٨٧٥م.

٤– قانون تعديل التقنين المدني الأهلي والمختلط الملغي رقم (٤٩–٥٠) لسنة ١٩٢٣م.

٥– القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م.

٦– قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١م.

٧– قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩م.

٨– قانون الملكية العقارية اللبناني الملغي رقم (٣٣٣٩) لسنة ١٩٣٠م.

٩– قانون الموجبات والعقود اللبناني رقم (٨٤) لسنة ١٩٦٩م المعدل.

١٠– القانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩م المعدل.